

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA SUCCESSION

EN DROIT MUSULMAN

SON ORIGINE ET SON ÉVOLUTION

THESE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 11 juin 1925, à 2 heures

PAR

Michel-Farès BOULOS

Président : M. COLLINET, professeur

Suffragants { *MM. CUQ, professeur*
MAUNIER, chargé de cours



PARIS
JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

45, RUE RACINE, 45

1925

Thèse Paris

1925

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA SUCCESSION

EN DROIT MUSULMAN

SON ORIGINE ET SON ÉVOLUTION

THESE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 11 juin 1925, à 2 heures

PAR

Michel-Farès BOULOS

Président : M. COLLINET, professeur

Suffragants { *MM. CUQ, professeur*
MAUNIER, chargé de cours

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1925

* 11049

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs



A. N. D. L.

A MON MAITRE

MONSIEUR MORAND

Doyen de la Faculté de Droit d'Alger

Hommage et profond respect.

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES FRÈRES

Reconnaissance et vive sympathie



Digitized by the Internet Archive
in 2026

AVANT-PROPOS

L'histoire ne manque pas d'exemples d'institutions étranges que l'on s'étonne de rencontrer chez certains peuples et qui sont en complète contradiction avec la mentalité et les conceptions sociales de ces peuples, et devant lesquelles la curiosité critique des savants passe en posant des points d'interrogation. Le système successoral musulman est de celles-là. Un contraste frappant règne, en effet, entre ce système hybride et les coutumes des peuples arabes, en sorte que l'on peut bien, à juste raison, douter de son origine. Comment concilier ce système compliqué et arbitraire où la raison et le bon sens n'ont point accès, avec l'esprit simple et essentiellement pratique des Arabes ? Comment expliquer que, pourtant, malgré cette contradiction flagrante, ces peuples se sont résignés à le subir et le subissent encore aujourd'hui du moins théoriquement sans même chercher à le réformer ? Quelles sont ses origines historiques ? Quels principes ont inspiré ses fondateurs ? Dans quelle mesure et dans quel sens, a-t-il subi l'influence des coutumes des peuples voisins ou soumis à l'Islam ? Autant de questions qu'il faut résoudre et que nous nous proposons d'examiner, autant que faire se peut, au cours de cet ouvrage.

La tâche, il faut bien le reconnaître, est ardue et presque insurmontable. Les documents que nous possédons sur cette matière sont insuffisants. Les barbares qui ont eu la triste besogne de détruire les brillantes cités des Khalifes, ont jeté un voile de ténèbres sur ces

lointaines époques, en livrant le secret des grandes bibliothèques au feu, aux ruines et aux eaux des fleuves qui sillonnent ce malheureux pays. Les documents qui nous restent sont l'œuvre d'un certain nombre de sectaires, pour la plupart étrangers aux Arabes, qui répètent à l'envi, dans une horrible confusion, des formules contradictoires, empruntées à toutes les coutumes, et à toutes les conceptions sociales et philosophiques du monde connu de leur temps, en les rattachant par un système de traditions orales, à des propos, soi-disant, tenus par le prophète ou par ses compagnons; ou qui construisent, surtout en matière de succession, tout un échafaudage juridique extrêmement compliqué et intelligible, portant parfois même sur de pures superstitions populaires. Les relations matrimoniales entre les humains et les démons, par exemple, ont trouvé une grande place dans leurs discussions doctrinales sur le statut personnel.

Ajoutons, qu'à part les dispositions coraniques, lesquelles sont parfaitement justifiables par les circonstances qui leur ont donné naissance, il est bien difficile de trouver une raison sociale pratique ou un lien commun à ces séries de cas spéciaux qui forment le statut successoral musulman actuel.

Et pourtant, le statut personnel (la succession n'en est qu'une branche) d'un peuple, quel qu'il soit, ne peut pas être l'effet d'un pur hasard. Il est la résultante d'un ensemble des principes qui dominent sa race; lesquels, malgré les évolutions des siècles et les bouleversements politiques ou sociaux, demeurent la source principale de ses inspirations. Ces principes peuvent se plier ou s'éclipser pendant un certain temps, des siècles peut-être, sous la pression d'influences étrangères. Mais à la première occasion, ces principes restés longtemps dans l'ombre, se réveillent, secouent le joug de l'étranger et reprennent leur empire. Partout où les Arabes n'ont pas subi cet asservissement social, ils ont gardé les

empreintes originaires de leur race. C'est donc à travers la race arabe qu'il nous faut lire les anciennes, comme les présentes coutumes arabes. C'est aussi aux conceptions iraniennes qui ont régné durant toute la période du sectarisme qu'il nous faut rattacher les anomalies de cette institution.

Peut-être, aussi, trouverions-nous la clé du mystère dans les législations des peuples sémites : Phéniciens, Juifs, Babyloniens, Assyro-chaldéens et surtout Syro-Romains : peuple composite, formé non seulement de ces différents éléments sémites, mais aussi des Grecs, des Egyptiens, des Arabes, etc., et qui possédait à la veille de l'Islam, une des plus brillantes civilisations du monde. On sait, en effet, que sous le règne des quatre Khalifes justes, comme sous les Omayyades, comme sous les premiers Abbassides, tous ces peuples conquis à l'Islam ont gardé leurs coutumes et leurs institutions propres. Les Grands Conquérants Arabes, sages et prudents, comprirent, de bonne heure, l'impossibilité pour ces peuples affinés par une civilisation plusieurs fois séculaire, de se soumettre aux institutions et aux coutumes rudimentaires des nomades du désert. Ils firent mieux, ils adoptèrent leurs institutions administratives, financières, législatives, etc ; et ce n'est qu'à la fin du III^e siècle de l'hégire (X^e siècle de l'ère chrétienne) que le mouvement d'unification législative se produisit sous de pures influences politiques et de sectarisme étroit d'inspiration persane. Mais de tous ces peuples comme de tous les peuples anciens, il ne nous reste que fort peu de renseignements. Toutefois, grâce à l'effort des savants européens et autres, nous possédons des études de valeur sur les institutions familiales de ces peuples et qui sont, à notre avis, un élément important pour l'intelligence du statut successoral musulman actuel.

D'aucuns pensent qu'une étude aussi rétrospective d'une institution religieuse et destinée à rester telle,

tant que l'Islam existe, n'est, pour le peuple Syro-Libanais, d'aucune utilité pratique.

Cette opinion est, à notre avis, sans fondement. Rien, ni dans le Coran, ni dans la tradition, ni dans les aspirations du peuple Syro-Libanais, ne s'oppose, comme nous le démontrerons plus tard, à une refonte totale de cette institution désuète.

Une pratique quotidienne dénote d'une façon indiscutable, l'attitude hostile de notre peuple à l'égard de cette institution. Pratique dont l'effort constant consista à créer des artifices et des expédients pour tourner ces dispositions gênantes et les empêcher de produire leurs effets. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter les registres où sont transcrites les transmissions par décès pour constater l'absence presque totale de l'application de ces règles compliquées. On y remarque, non sans étonnement, que ces soi-disantes transmissions par décès, ne constituent que des partages d'ascendants faits sous forme de ventes déguisées. Ce procédé fut toujours infaillible ; et jamais personne n'a contesté sa légalité. En effet, la réserve héréditaire n'est prévue que contre les dispositions à cause de mort. Le père de famille reste entièrement libre de donner ou de vendre tout ce qu'il lui appartient ; et pourvu qu'il soit en règle avec les dispositions légales se référant à la vente ou à la donation, il est sûr de transmettre ses biens à qui il voudra sans que personne puisse s'en plaindre utilement.

Les savants et les publicistes occidentaux se plaisent à répéter que les orientaux sont une masse amorphe de peuples fainéants, qu'un climat chaud, des préjugés populaires, des conceptions religieuses étroites doublées d'un fanatisme exaspérant, condamnent à rester à jamais hostiles à tout progrès social et à vivre en marge de la civilisation moderne, mais en dehors d'elle. Cette opinion est, on ne peut plus inexacte. Il est temps d'en faire justice. La civilisation n'est pas l'apanage d'un

peuple ou d'un continent déterminé. Les Orientaux, bien avant les Occidentaux, ont eu leurs périodes de prospérité fabuleuse et de civilisation dont les vestiges font, aujourd'hui encore, notre admiration. S'ils ne paraissent actuellement, présenter que des symptômes de léthargie et de mort, cela est l'effet des facteurs purement politiques, lesquels appliqués à n'importe quelle société civilisée, aurait succombé pour ne plus se relever. Le Coran ne fut pas la cause de la décadence de l'Empire des Kkalifes, pas plus que de l'Evangile, la cause de la chute de l'Empire des Byzantins. Les despotes qui se sont succédés sur les trônes de ces empires se sont servis, les uns et les autres, de la religion comme de la force pour consolider leur triste domination ; et la ruine s'ensuivit. Du reste, les trois grandes religions : le judaïsme, le christianisme et le mahométisme, qui dominent actuellement le monde civilisé, ne sont-elles pas venues de l'Orient ? Et puis, dans le domaine juridique, ne sont-ce pas, les jurisconsultes syriens : Papinien, Ulpien, et les maîtres œcuméniques de Beyrouth, qui ont contribué, pour beaucoup, à débarrasser la législation romaine de son formalisme séculaire ? Oui, je le répète, le peuple Syro-Libanais se rappellera un jour de la grandeur et du libéralisme de ses ancêtres pour rentrer dans le rang des peuples civilisés.

Quant à dire que c'est une institution religieuse ou considérée comme telle par l'Islam et par conséquent immuable, nous démontrerons plus tard l'inanité de cette prétention. Pour le moment, nous nous bornons à constater, qu'il y a, actuellement, dans notre pays, un réveil d'une activité formidable et il n'est pas rare de rencontrer des esprits cultivés, désireux de secouer le joug néfaste des superstitions du passé et qui éprouvent un étonnement profond de l'attachement aveugle de leurs ancêtres à ces institutions absurdes et complètement étrangères au génie arabe ou sémite. Il

reconnaissent volontiers le sectarisme intéressé des promoteurs de ces mouvements ; nous voulons dire, les Abbassides et leurs courtisans persans ; surtout ces derniers qui, sous le couvert de l'Islam ont fait passer dans nos institutions toutes les coutumes et les superstitions de leur peuple.

Ce caractère d'immutabilité fut imprimé à toutes les manifestations juridiques du peuple musulman, mais peu à peu, ce droit divin s'est retiré de notre législation. Tous nos Codes : pénal, civil, commercial, de procédure, etc. se sont successivement affranchis du domaine spirituel. Bien plus, nous lisons dans les cent premiers articles qui forment les principes fondamentaux et d'inspirations générales de notre législation civile, cet article significatif. « Les lois changent et se transforment suivant les nécessités du temps ». Que reste-t-il donc de ce prétendu droit divin et immuable ? Rien, sauf quelques dispositions relatives au statut personnel et qui n'ont jamais été codifiées officiellement. Mais, malheureusement, l'essentiel est là, c'est la pierre de touche de tout l'édifice et qu'il faut leur appliquer sans plus tarder, le procédé qui émancipa les autres branches de notre législation.

Quant à l'utilité de cette étude, elle est, à notre avis, primordiale. Le statut personnel est à la base de toute réforme sociale tendant à régénérer l'Orient et à lui rendre sa physionomie et sa splendeur d'autrefois. Maintenant qu'on est en train d'opérer sous la sage direction d'éminents juristes français, la refonte totale de notre législation ; maintenant que nous n'avons plus à craindre l'hostilité de gouvernements fanatiques et despotes ; profitons de la présence d'un gouvernement ami et libéral qui représente la noble Nation française pour opérer cette réforme de toute première nécessité. C'est par là, en effet, qu'il faut commencer pour faire disparaître les traces de l'esprit étroit et mesquin du passé ; sinon, toute la réforme entreprise ne sera que

superficielle, une façade trompeuse et sans lendemain. Ce n'est sûrement pas par des lois de police ou de commerce que l'on régénère une société. La famille est à la base de toute société florissante et c'est par la famille que l'on transforme la société orientale actuelle. Il y a en effet, dans notre Société Syro-Libanaise, un certain nombre des problèmes, dont la solution est des plus urgentes et sans laquelle nous resterons indéfiniment dans un état de décadence et presque d'anarchie.

Personne ne conteste le rôle important que joue la femme dans la civilisation sociale. C'est grâce à elle que les mœurs s'adoucissent la famille s'harmonise et la société prospère. Sa douceur, sa bonté, son charme naturel et son bon sens pratique sont autant de freins à la brutalité et à l'idéalisme souvent aveugle de l'homme. Or la condition de la femme orientale est des plus lamentables. A peine mise au monde, elle commence à gravir son calvaire. Sa naissance est un événement triste pour ses parents. Puis une série d'humiliations l'accompagnent jusqu'à la tombe. Enfant, on s'occupe à peine de son éducation ; adolescente, on lui impose le plus souvent un mari brutal qui lui fait subir les pires infâmies. Elle passe sa triste vie, étrangère dans sa famille, étrangère dans la famille de son mari et presque étrangère à ses propres enfants. Exhérédée par tous ceux qui devaient être ses premiers soutiens, elle vit dans la misère et l'effondrement moral total et absolu, et pourtant, elle subit son sort avec un admirable courage et une patience inépuisable.

Il est temps de mettre fin à ces abus. Cette faible créature a, elle aussi, un droit imprescriptible à la vie. Le despotisme de l'homme ne doit pas, ne peut pas lui refuser sa place au soleil. Il est temps de rejeter cette indigne maxime qui fait dire au père de famille : mon fils est le continuateur de ma personne ; ma fille est une étrangère ; ou cette autre encore plus triste « le fils de

mon fils est mon fils, mais le fils de ma fille est le fils d'un étranger ». Et pourquoi donc cette distinction absurde entre le fils et la fille. N'est-ce point le même sang qui coule dans leurs veines ? Ne sont-ils pas tous les deux, issus des œuvres de leurs parents ? Et puis, cette pauvre créature tant méconnue, ne porte-t-elle pas, au fond du cœur les meilleures affections et les plus nobles sentiments d'amour et d'attachement à l'égard de toute cette théorie d'ingrats, qui commence par le père et finit par les enfants en passant par le mari ?

Il faut de toute nécessité récompenser la vertu. Notre existence, notre avenir en dépendent. Cette inégalité humiliante entre l'homme et la femme est un crime impardonnable. Ce crime est bien loin d'être resté impuni ; notre décadence, notre ruine sociale en sont les conséquences.

Une même origine, une même tradition, un même idéal, unissent la société Syro-Libanaise ; pourtant cette société est profondément divisée par les confessions religieuses. Les liens de famille entre les différentes communautés n'existent pas, en vertu d'une législation qui fait dépendre le statut personnel des codes religieux et partant les fait passer comme étrangères et presque hostiles les unes aux autres. Nous admettons bien que le mariage soit confié au ministère du culte, cela est parfaitement justifiable ; mais que le lien du mariage soit confié au caprice du mari, maître de le rompre lorsqu'il voudra et de briser par là le bonheur de la femme, cela est une iniquité doublée d'une injustice criante qui réclame une intervention imminente de l'autorité publique, gardienne de la sécurité et du bonheur de ses ressortissants. Que la religion soit une cause d'indignité pour la vocation héréditaire entre père et fils, mari et femme, etc., cela est un sophisme intolérable. La religion, chez nous, doit se contenter de son rôle de moralisatrice et rien de plus.

Les conceptions religieuses sont trop idéalistes pour pouvoir être appliquées intégralement aux sociétés humaines. L'évolution et l'inconstance des affaires de ce monde sont en contradiction avec l'immutabilité des principes religieux. Qu'on ne m'objecte pas que des différences profondes séparent le christianisme de l'Islamisme. Non, il n'y en a aucune qui puisse empêcher une unité de législation même dans ce domaine. Débarassez le Coran des dispositions d'occasion, suivez l'esprit de Mohammed qui se proclame le continuateur du Christ et vous aurez une conception identique, au point de vue civil, dans le Coran comme dans l'évangile.

Qu'on restreigne le droit du père de famille d'exhérer ses descendants ou ses ascendants, cela est parfaitement logique ; la morale et le bon sens même l'exigent, mais qu'on lui interdise de disposer à cause de mort de la majeure partie de ses biens ($\frac{2}{3}$) au détriment de n'importe quel successible, si éloigné, soit-il, cela est inadmissible et anéantit complètement l'économie privée. Ce qu'il faut et cela est conforme à notre conception du successible qui est un simple successeur aux biens ; c'est de fixer une réserve en faveur des descendants et des ascendants seulement, parce qu'ils ont pu contribuer et contribuent le plus souvent à l'acquisition de ces biens, et qu'on étende la restriction de l'exhérédation aux donations et aux ventes déguisées comme aux testaments. C'est par cela seulement que l'on peut faire cesser cette comédie qui consiste à tourner ostensiblement la loi et écarter une source intarissable de scandales et de haines entre les membres de la famille.

Il est un principe élémentaire qu'il est superflu de rappeler. Les lois sont faites pour être appliquées et si le public ne se prête pas à leur application, c'est qu'elles sont contraires à ses aspirations. A quoi bon maintenir des lois pour une société dont l'effort continu est de les

tourner ou de les rendre inapplicables ? De plus, il semble que le but de la loi est de faciliter les relations entre les individus et non pas à les ennuyer par sa complexité et sa contradiction avec leurs intérêts essentiels et cela sous le prétexte qu'elle est conforme à je ne sais quel principe qui a été adopté par nos ancêtres, il y a quelque mille ans. La loi, il ne faut jamais cesser de le répéter, est le produit historique d'une société donnée à un moment donné, c'est-à-dire elle est purement relative. Or la société évolue, cela est une loi naturelle. Notre société actuelle n'est plus celle des premiers siècles de l'Islam ; par conséquent les lois doivent être réformées pour suivre le mouvement de l'évolution sociale et du progrès de la civilisation.

Bien mieux, il y a dans notre législation une anomalie frappante qui a été rarement remarquée et qui est de nature à faciliter énormément la tâche du réformateur. Il n'y a pas, en effet, chez nous un régime successoral uniforme ; loin de là ; il y en a au moins deux, pour ne parler que de ceux qui ont cours actuellement. D'abord, il y a le régime compliqué dont nous avons parlé lequel ne s'applique qu'aux biens Molk, et un autre régime sensé, celui-là, et parfaitement logique et qui s'applique aux biens Kharadj, qu'il est extrêmement facile de généraliser et d'étendre aux biens Molk. Cette distinction entre les biens Molk et les biens Karadj n'a plus de raison d'être, car elle est un legs d'une époque où l'on admettait la hiérarchie des biens pour des considérations politiques ou autres. Or, le temps et les autorités ont changé et il n'y a aucune raison plausible pour justifier le maintien de cette distinction.

Si nous fouillons nos vieilles archives, nous sommes forcés de reconnaître, que ce régime ne s'applique légalement et officiellement qu'aux seuls musulmans. En effet, il n'y a aucune disposition législative, émanant d'un gouvernement quelconque qui en impose l'application aux autres communautés. Au contraire ce qui est officiel-

lement reconnu, c'est que chaque communauté suive son statut propre : les Maronites, le droit canon ; les Grecs orthodoxes, le droit de justinien ; les Juifs, le Torah et le Talmud, etc. Or, il est inadmissible, qu'il y ait autant de régimes divers et également officiels pour une société soumise aux mêmes lois civiles, à la même autorité publique et qui prétend par dessus tout, s'unir et former une nation une et indivisible.

Il est de toute nécessité de codifier ces dispositions perdues dans les immenses traités, pour les rendre accessibles au public, tout en ayant soin de faire disparaître tout ce qui n'est plus conforme à nos aspirations actuelles. En d'autres termes, il nous faut des lois simples précises, puisant leurs inspirations dans l'ordre naturel des choses et dans les coutumes de notre peuple.

Inutile d'insister davantage. On voit qu'il s'agit d'autre chose que d'une étude purement spéculative et dépourvue de tout intérêt actuel et pratique. Je le répète, l'unité, la prospérité de la nation est en jeu. La nation Syro-Libanaise est une par ses origines comme par sa tradition, ce qui lui manque pour son unité morale et politique, c'est l'uniformité de son statut personnel. Cette diversité de régimes est anti-nationale, parce que chaque communauté ayant une organisation familiale spéciale dotée d'une législation à caractère religieux, restera à jamais un État dans l'État. Elle vivra sa vie propre, complètement étrangère aux autres communautés, et le pire, est de perpétuer l'hostilité et la méfiance qu'ont les uns à l'égard des autres, ce qui n'est point fait, pour faciliter l'union morale qui doit précéder l'union politique qui nous manque.

Nous nous proposons donc d'examiner cette institution dans ses origines et son évolution historique. Sans aucune idée préconçue, nous essayerons d'établir, aux seules lumières de l'histoire et de la raison, quelles furent les différentes phases de cette évolution. Car nous croyons, pour notre part, que l'histoire et la raison sont

les guides les plus sûrs pour l'intelligence des institutions et la direction de l'avenir. Cette étude provoquera, inévitablement, l'hostilité de certains fanatiques ; mais quand même, l'avenir du pays étant en jeu, nous croyons que c'est bien mériter de la patrie que de lui dire la vérité, toute la vérité. Nous déplorerons ses vices, comme nous chanterons ses vertus, avec cette ferme conviction d'un patriote qui désire à sa patrie les remèdes indispensables pour guérir ses plaies séculaires. Nous nous adressons aux gens de bonne volonté : Français ou Syro-Libanais, qui aiment vraiment notre pays et qui désirent le voir sortir de ce cauchemar d'incertitude et d'anarchie. Si cet ouvrage trouve grâce aux yeux de quelques compatriotes éclairés et conscients de leurs véritables intérêts, notre but sera atteint.

Nous diviserons cet ouvrage comme suit :

INTRODUCTION : Chap. I. *Considérations préliminaires.*

Chap. II. *Organisation de la famille chez les Arabes.*

PREMIÈRE PARTIE : *La succession « ab intestat » chez les Arabes avant l'Islam.*

DEUXIÈME PARTIE : *L'œuvre de Mohammed.*

TROISIÈME PARTIE : *L'œuvre des juristes.*

Il est juste, avant d'entamer cette étude, de nous acquitter d'un devoir sacré, à l'égard de nos éminents maîtres français : MM. Collinet, professeur à la Faculté de Droit de Paris ; Morand, doyen de la Faculté de Droit d'Alger ; et Marçais, professeur à l'Ecole Nationale des langues orientales vivantes ; qui, avec une grande amabilité ; ont bien voulu nous guider dans ce travail. Nous sommes heureux d'adresser à ces maîtres l'expression de notre infinie gratitude.

LA SUCCESSION EN DROIT MUSULMAN

SON ORIGINE ET SON ÉVOLUTION

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES

Maintenant que nous avons exposé le but de notre étude et les sources auxquelles nous avons cru devoir nous référer ; il nous paraît indispensable, avant d'entrer dans le vif du sujet, de faire certaines remarques préliminaires, qui nous serviront de guide et éclairciront bien des points équivoques et souvent contradictoires de cette institution ; et de nous appesantir, quelque peu, sur l'étude de la famille sémite et surtout arabe, avant et après l'Islam. D'autant plus, que nous nous trouvons en complète opposition avec la doctrine reçue, en Orient comme en Occident, sur la nature même de ces institutions familiales. Notre point de départ n'étant pas le même, il est tout naturel que nous n'aboutissions pas aux mêmes conséquences.

I. — Notions générales sur les Arabes : origine, relations avec les voisins, etc.

Les Arabes, descendants d'Ismaël, fils d'Agar femme d'Abraham, forment une branche de la grande famille sémite, qui comprend, outre les Arabes, les Phéniciens,

les Juifs, les Babyloniens, les Assyro-chaldéens, les Syriens, etc., qui possédaient, longtemps avant Mohamad, des puissants empires, séparés les uns des autres par d'immenses déserts. Les Arabes, par suite de leur sobriété et leur endurance pour supporter les difficultés de la vie au désert, reliaient ces différents peuples entre eux et leur fournissaient les moyens de commercer avec l'Asie et l'Afrique. C'est ainsi que l'Arabie heureuse, fut, pendant des longs siècles, l'entrepôt commercial entre les deux continents. Les caravanes arabes traversaient les déserts arides pour apporter aux Phéniciens, l'encens, le myrrhe et les aromates d'Yémen, que les Phéniciens exportaient en Perse et aux Indes. Les produits industriels et les étoffes moelleuses de Tyr et de Sidon passaient par cette voie commode à l'Yémen et de là à Babylone. Plus tard ce rôle fut joué par La Mecque et Médine. Ainsi ces peuples restant toujours en relations les uns avec les autres, ont gardé à travers les siècles des conceptions sociales identiques ou similaires. Partout, à Babylone, comme à Ninive, à Palmyre comme à Sidon, à Yémen comme à Hira, à Petrée comme à Médine et à La Mecque, nous rencontrons les mêmes conceptions sociales, le même genre de vie : des nomades, demi-sauvages, mais généreux, fiers et indépendants, s'adonnant aux pâturages et aux pillages ; ou des citadins paisibles s'adonnant au commerce, à l'industrie, à la culture intellectuelle, etc. Partout nous rencontrons les mêmes institutions familiales patriarcales, très accentuées chez les nomades, tant soit peu altérées chez les citadins ; mais, partout, fondées sur la perpétuité de la race par les mâles et la conservation des biens dans la famille, avec toutefois, une généreuse sollicitude pour l'honneur et la quiétude de la femme, pasteurs ou citadins, poètes ou commerçants, ce sont partout les mêmes caractéristiques de la race sémite (1).

1. G. f. Munk : *Palestine*, p. 306 et ss. ; p. 383 et ss. ; 439 et ss. ; 563 et ss. ; Paris. L'éminent savant fait remarquer avec une

Bientôt les guerres civiles éclatent de toutes parts ; les invasions des peuples voisins : Abyssins, Grecs, Perses, etc., viennent jeter le trouble, la ruine et la misère dans ces pays. L'émigration commence : les Babyloniens, les Juifs, les Chaldéens, les Jactanites, les Yémenites, les Gassanites, etc., chassés de leurs pays, vont chercher asile et fortune chez leurs frères de Syrie, de l'Irak, de Beihraïn, de La Mecque, de Médine, etc., et fusionnèrent avec eux. Ayant les mêmes cultures, les mêmes conceptions sociales, il n'y trouvèrent rien qui puisse choquer leurs aspirations légitimes.

C'est ainsi, pour ne parler que du milieu où naquit l'Islam, Médine, autrefois occupée par les Israélites, devenait la cité des familles yéménites : Aus et Khazradj, et des familles Jactanites venues de Pétrée. Le Temple Saint de La Mecque fut occupé par les Arabes El. Mosta'rabat : Tribus du Hedjaz et du Tahama, apparentées aux Jactanites par le mariage de leur père avec une fille de Béni-Djorhom descendants de Jactan. Ces Djorhomites sont bientôt chassés par Béni-Khozaa tribu Azdite émigrée d'Yémen, après la rupture de la digue Al-Arim. Cette tribu réussit, avec l'aide des tribus d'Yad et de Modhar à garder le Temple Saint depuis l'an 207 de Jésus-Christ, jusqu'au commencement du v^e siècle, époque où elle céda la place à l'illustre famille Coraïchite, dont le chef Kasaï fonda la ville de La Mecque. C'est de cette famille que naquit l'homme qui devait bouleverser par ses hardiesses et ses armées tout le monde d'alors, Mohammed (1).

En étudiant les Arabes de plus près, on constate aisé-

grande précision, que chez les Hébreux, comme chez les Arabes, ce sont les mêmes caractéristiques des peuples sémites dans tous les domaines de la vie sociale : régime patriarcal, genre de vie, hospitalité, œuvres poétiques, respect immense de la femme, etc., etc.

1. C. f. Desvergers : *Arabie*, p. 92 à 102 ; Paris ; 1857.

ment deux groupes bien distincts : les nomades et les sédentaires.

Les nomades. « Il est à remarquer, dit le savant anglais, sir William Jones que les mœurs des Arabes n'ont point changé depuis le temps de Salamon jusqu'au siècle présent. » (1) En effet, ils sont aujourd'hui encore, ce qu'ils étaient autrefois : barbares, belliqueux, extrêmement jaloux de leur liberté et de leur indépendance. Retirés dans les immensités des déserts de Syrie, de Mésopotamie et de l'Arabie, ils ne reconnaissent pour toute autorité que leur propre fantaisie ou les coutumes de leurs ancêtres. Les déserts ne leur fournissant pas les éléments nécessaires pour leur subsistance, ils se livrent entre eux aux pillages et aux razzias (Ghazou). On comprend fort bien alors, la prédominance du régime patriarcal qui unit étroitement les différents membres d'une même tribu, se portant garants, les uns des autres contre les attaques des tribus voisines. Toutefois ces habitants du désert sont très généreux et très hospitaliers : « peut-être, dit M. Devergers, le trait le plus saillant du caractère arabe, est-il ce mélange intime d'ardeur pour le pillage et d'hospitalité, d'esprit de rapine et de libéralité, de cruauté et de générosité chevaleresque, etc. (2).

Le Coran n'a eu sur ces tribus qu'une influence médiocre, sinon nulle ; n'ayant pas changé de genre de vie, il n'y a aucune raison pour qu'elles changent de conceptions sociales. En sorte que l'on peut très bien étudier leurs institutions anciennes, par les coutumes qu'elles ont actuellement, sans tomber aucunement dans l'arbitraire.

Les sédentaires sont, au contraire, calmes, paisibles ; très ouverts à la civilisation, vivant sur des terrains riches et fertiles, ils se sont pliés à toutes les exigences

1. *Coll. Hist : Le Monde*, t. IX, p. 289 ; Paris ; 1859.

2. Devergers : *ouv. cité*, p. 103, *in fine*.

de la vie des cités : respect du droit de propriété, et respect de la vie et de la liberté de l'individu. Ils ont réussi à fonder des grands empires, qu'ils ont dotés de civilisations brillantes : Yémen, Hira, Palmyre et enfin le grand empire des Khalifes.

Il faut remarquer aussi, que l'Arabie fut pendant de longs siècles le théâtre de grands bouleversements sociaux. Les Arabes, soit nomades, soit sédentaires ont subi toutes sortes d'influences politiques ou religieuses de la part des peuples envahisseurs, venus soit de l'intérieur soit de l'extérieur dominés, tour à tour, par les Babyloniens, les Assyriens, les Abyssins, les Perses et les Romains, ils ont dû garder le souvenir de certaines coutumes ou institutions des vainqueurs. D'autre part, plusieurs religions se sont partagées cet immense pays : le judaïsme, le christianisme et le paganisme, sans compter les nombreuses religions d'importation hindoue ou persane. Un peuple qui a subi tant d'influences diverses morales, politiques et religieuses, il est vraiment inacceptable de lui attribuer comme le font les historiens arabes, toutes les coutumes et toutes les fables laissées par ces différents peuples. En effet, ces historiens sans aucun esprit critique, nous rapportent sur les Arabes, les histoires les plus extraordinaires et les plus contradictoires, confondant continuellement les coutumes persanes, hindoues, grecques, juives ou autres avec les coutumes arabes.

Pour nous, nous croyons que le seul moyen d'élucider ces contradictions, est d'attribuer à chaque peuple ce qui lui appartient en nous inspirant de ses propres institutions rapportées par les sources étrangères. Pour les Arabes, nous ne retenons que ce qui paraît le plus compatible avec leurs conceptions sociales, tout en le comparant avec leurs coutumes d'après l'Islam et même de nos jours. C'est, à notre avis, par là seulement, qu'on pourrait établir un critérium, sinon certain, du moins probable des anciennes coutumes des Arabes.

II. — Condition sociale de la femme chez les Arabes

Quant à la condition de la femme chez les Arabes anté-islamiques, les opinions les plus diverses ont été soutenues. Mais on est unanime pour admettre que sa condition fut déplorable. Elle n'existait que pour fabriquer des enfants. Maltraitée chez ses parents, non moins méprisée dans la famille de son mari : fille, femme, mère ou veuve, elle ne faisait que changer de maîtres. Cette opinion-là est, à notre avis, une méprise. Voici pourquoi.

1^o Toute cette doctrine repose sur les hadith rapportés par les traditionnistes arabes (1). Or, ceux-ci n'ont

1. Les plus importants de ces traditionnistes sont *Mohammad Ab-Bokhary* ; *Moslim Ibn Al-Hajjaje Al-Coraïchy* ; *Abou Daoud Assijstany* *Abou l'sa Tarmidhy* et *Abou Abd. Errahman Ennisay*.

Pour éviter les détails nous donnons ici quelques commentaires sur les deux premiers dont l'œuvre est admise unanimement par le monde musulman, du moins de nos jours.

Mohammad Ab-Bokhary (256 de l'hégire et 870 de J.-Ch.) : *Abou Abd-Allah*, *Mohammad Ab-Bokhary*, originaire de Bokhara (Turkustan), son grand-père était païen et mort dans sa religion. L'œuvre la plus considérable de Bokhary est son *Authentique*. Cet ouvrage contient plus de six mille hadith, tirés d'après l'auteur de six cent mille hadith. D'après les docteurs musulmans, ces six mille hadith de Bokhary sont les seuls authentiques ; tous les autres sont falsifiés ou créés de toute pièce. La méthode critique de Bokhary est arbitraire car il admet certain hadilh et rejette certains autres sans nous dire jamais pourquoi.

Moslim (261 de l'hégire et 875 de J.-Ch.) : *Abou Al-Hasan Moslim Al-Coschaïry* : son ouvrage (*L'authentique*) contient trois mille hadilh tirés d'après l'auteur de trois cent mille hadilh. Cet ouvrage reproduit la plupart de hadilh de l'*Authentique* de Bokhary. Du reste *Moslim* fréquentait Bokhary et allait souvent chez ce dernier, à sa résidence dans la ville de Nisabour.

Ces deux *Authentiques* sont considérés comme tels par toutes les écoles musulmanes. Mais il est intéressant de remarquer que l'école Hanafite qui admet l'authenticité de ces hadilh se met en contradiction flagrante avec son chef le grand Imam *Abou-Ha-*

commencé à écrire que vers la fin du III^e siècle de l'hégire, et il serait bien difficile d'admettre que leurs renseignements fussent bien sûrs. De plus ces auteurs que l'on cite d'autorité, sont tous ou presque tous originaires de la Perse, de Bukharistan, de Kurdistan etc., c'est-à-dire, étrangers aux Arabes. Sous quelles influences politiques ont-ils écrit ? Dans quelle mesure ont-ils rapporté les mœurs de leurs propres pays, comme étant des mœurs arabes ? Nous nous contentons pour le moment de reproduire ici même ce jugement décisif, et à notre avis certain, de l'éminent arabisant M. Goldziher, sur les méthodes de ces traditionnistes et la valeur qu'il faut attribuer aux hadith qu'ils rapportent :

« Bientôt, en effet, il arriva que chaque opinion, chaque parti, chaque représentant de n'importe quelle doctrine donna cette forme à sa thèse, et que par suite les doctrines les plus contradictoires ont revêtu cet appareil. Ni dans le domaine du rite ou du dogme, ni dans celui des rapports juridiques ou même des luttes des partis politiques, il n'y a une seule doctrine d'école ou de parti qui ne puisse citer en sa faveur un hadith ou tout un groupe de hadith offrant l'apparence extérieure d'une tradition correcte.

« Cela ne pouvait échapper aux mahométans eux-mêmes, et leurs théologiens furent les promoteurs d'une discipline scientifique singulièrement intéressante, celle de la critique du hadith, qui avait pour but, lorsque les contradictions ne pouvaient se résoudre harmonieusement, de discerner les traditions authentiques des traditions apocryphes.

nifa, lequel n'admet que dix-sept hadith seulement. Pour sortir de cette impasse cette Ecole, tout en professant cette opinion restrictive de son chef, se garde bien de nous dire quels sont au juste ces dix-sept hadith admis par *Abou-Hanifa*. Ce qui est un moyen commode de faire passer une infinité de hadith sous le couvert de ces dix-sept vraiment authentiques.

« On comprend aisément que leur critique ne part pas des mêmes points de vue que la nôtre et que celle-ci trouve encore un vaste champ d'action là où la critique islamique s' imagine être en présence des matériaux traditionnels d'une indubitable authenticité. Le résultat final de cette activité critique fut la reconnaissance, érigée au VII^e siècle de l'hégire en règle canonique, de six ouvrages où quelques théologiens du III^e siècle avaient réuni, après les avoir extraits d'un fatras presque incommensurable de matériaux traditionnels, les hadit qui leur paraissaient dignes de foi. Ces six ouvrages furent élevées au rang de sources décisives de ce qui doit être considéré comme Sunna du Prophète.

« Car non seulement la loi et la coutume, les dogmes et les doctrines politiques ont adopté la forme du hadit, mais tout élément, soit dégagé par l'Islam en vertu de sa force propre, soit puisé à des sources étrangères, a revêtu cette même forme. Par elle, l'Islam s'assimile les matériaux étrangers et empruntés au point qu'on perdit la notion de leur origine. Des phrases de l'Ancien et du Nouveau Testament, des sentences rabbiniques ou tirées des Evangiles apocryphes, jusqu'à des doctrines de la philosophie grecque et à des formules de la sagesse perse et hindoue ont trouvé placé dans l'Islam sous ce déguisement. Le *Pater Noster* lui-même se retrouve sous forme de hadit dûment attesté, etc. (1) »

Du reste, nous aurons l'occasion de rencontrer au cours de cette étude de nombreux exemples de ce genre de littérature, et au fur et à mesure qu'ils se présenteront, nous les examinerons de plus près.

2° D'autre part, si c'était bien la condition de la femme, il serait bien étonnant de rencontrer des femmes jouant un rôle prépondérant dans la vie sociale et politique de ce peuple. En effet, nous trouvons chez les

1. V. Goldziher, *Le Dogme et la Loi de l'Islam*, p. 33 et suiv. traduit par F. Arin ; Paris, 1920. C. P. aussi Ibn Khaldoun, *Prolégomène*, t. I, p. 348 éd. du Caire, 1905.

Arabes plusieurs reines à la tête des pays très florissants. Huit siècles environ, avant Jésus-Christ. Tegla-phanassar II reçoit l'hommage des deux reines arabes. Hassar Haddon met sur un trône une princesse arabe élevée à la Cour de Ninive. Une inscription assyrienne, datant de VII à VIII siècles avant Jésus-Christ, dit notamment, racontant le retour d'Assor Haddon d'une expédition dans l'Arabie déserte : « Le roi arabe X s'est rendu, avec de nombreux présents, à Ninive, ville de ma domination, il a baisé mes pieds, il m'a prié de lui rendre ses dieux, j'ai eu pitié de lui, j'ai fait réparer les statues des dieux, j'y ai fait inscrire l'éloge d'Assor, monseigneur accompagné de ma signature et je les lui ai restituées. Tabua, princesse arabe élevée dans mon palais, je l'ai revêtue de la dignité de reine et je l'ai renvoyée dans son pays avec ses dieux (1). »

Trente ans avant Jésus-Christ, Belkis fille des Haddad succédait à son père au trône d'Yémen. C'est à elle que les Arabes attribuent la construction de la fameuse tour Al-Arim. Elle est considérée par eux comme cette reine de Saba qui devint la femme de Salomon (2).

Vers l'an 267 après Jésus-Christ, Zénobie, fille d'un prince arabe de Mésopotamie, succédait, à Palmyre, à son époux et se proclamait reine de tout l'Orient. Sa domination s'étendait de l'Euphrate à la Méditerranée et depuis le désert de l'Arabie jusqu'au centre de l'Asie-Mineure.

Cette situation est loin d'être exceptionnelle. Elle s'est toujours perpétuée ; et même dans le monde musulman, les femmes n'ont cessé de jouer un grand rôle dans la société que du jour où le gouvernement despote des derniers Abbassides et des Turcs ont pris pied dans le monde arabe. Les rôles politiques joués par Aïcha, femme du prophète et des nombreuses poé-

1. C. P. Gustave Le Bon : *La civilisation des Arabes*, p. 61 à 74. Paris, 1884.

2. Desvergers : *ouv. cité*, p. 52-53.

tesses de l'époque des Omayyades sont devenus classiques. Pour n'en citer qu'un exemple ; Oum El-Banine, fille d'Abdel-Malek, jouait le rôle de conseiller suprême près du Khalife Omayyade, Walid ben Abdel-Malek. C'est elle qui gérait les affaires du royaume et le Khalife ne faisait rien sans la consulter (1).

Quant à sa vie domestique, elle n'était pas si mauvaise qu'on le pense. Voici un exemple qui remonte à la fin du VI^e siècle de l'ère chrétienne, et qui prouve nettement que la situation de la femme dans la famille était à quelque traits près, ce qu'elle est de nos jours.

Harith ben Aouf, chef renommé, jeune et habile, ayant eu l'intention d'épouser une fille d'Aus ben Haratha de Béni-Tay, alla trouver Aus à la porte de sa tente. Après les premiers saluts : « Que demandez-vous ? dit Aus. — Je viens chercher une femme répond Harith. — Il n'y a pas ici pour vous, lui dit Aus et il rentra chez lui sans en dire davantage. » Déconcerté par une telle réception Harith était remonté à cheval et s'en allait. Cependant Aus étant rentré d'un air d'humeur près de sa femme : « Qu'avez-vous ? lui avait-elle dit, et quel est cet étranger qui vient de venir ? — C'est un chef arabe, lui répondit son mari, Harith ben Aouf. — Et comment ne lui avez-vous pas offert l'hospitalité ? — C'est un fou. — En quoi donc ? — Il venait ici chercher une femme. — Et n'avez-vous pas de filles à marier ? — Sans doute. — A qui donc les marierez-vous si vous refusez un chef arabe ? — C'est une chose faite. — Il y a moyen de la réparer. — Et comment ? — Courez après lui ; dites-lui que, préoccupé d'une affaire pénible, vous ne l'avez pas écouté comme vous auriez dû le faire, mais que vous venez réparer votre mauvaise réception ». Aus se rend à ce conseil ; il monte à cheval, atteint le voyageur, lui

1. V. Abi El-Fadl Ahmed ben Thaher El-Ragdady *Femmes de Talent*, édité par Ahmed El-Alafi. Le Caire, 1908. V. aussi Le Bon : *ouv. cité*, p. 428 et suiv. où l'auteur cite plusieurs exemples de ce genre.

fait ses excuses ; et Harith joyeux, reprend le chemin de la tente de celui qui, cette fois, veut être son hôte. Une fois rendu, Aus fait venir sa fille aînée : « Ma fille lui dit-il, voici Harith ben Aouf, un chef arabe, il vient te demander en mariage. — Et moi je le refuse, répond, la jeune fille. — Pourquoi donc ? — Parce que la nature l'a fait beau et qu'elle m'a faite laide. Je ne lui suis pas attachée par les liens du sang de manière à ce que la parenté le rende plus indulgent sur mes défauts ; je n'aurai pas dans sa tribu d'ami qui prenne ma défense, s'il veut me répudier quand il ne trouvera pas en moi la belle et jeune épouse qu'il attendait. Je serai obligée de subir la honte du renvoi. Je refuse. » Son père ne pouvant qu'approuver une aussi sage décision fit venir sa sœur cadette, de laquelle il obtint, à peu près, la même réponse. Ce fut ensuite le tour de la plus jeune fille. Celle-ci accepta. « Je suis jeune, dit-elle, à son père, je suis jolie, j'ai des talents ; s'il me répudiait, que Dieu le prive à jamais d'une autre épouse. — Dieu te bénisse, ma fille, lui répondit son père, car tu as sagesse et beauté. » Se retournant alors vers son hôte, il lui apprit qu'il lui donnait pour épouse Haniça, sa plus jeune fille. « Et moi je l'accepte avec bonheur, répondit Harith. » Puis accompagné de sa femme, Harith reprend le chemin de sa tribu. Mais la jeune épouse se refusa à condescendre à ses vœux. Elle voulait des noces splendides. « Je ne veux pas, dit-elle à son mari, qu'on me traite comme si j'étais une esclave ou une captive faite à la guerre, je veux que mes noces soient célébrées par un nombreux concours d'arabes, qu'on offre des victimes, qu'on égorge des chamelles, enfin qu'on traite toute la tribu en mon honneur. » Tout cela fut fait et la jeune épouse ne se montra pas plus conciliante : « Quoi donc, dit-elle à son mari, avez-vous assez peu de noblesse dans l'âme pour songer aux plaisirs de l'amour, lorsque des tribus entières d'Arabes, lorsque les Absides et les Bénou-Dhobyan se livrent depuis si

longtemps (40 ans) à toutes les fureurs de la guerre (1). Rétablissez la paix parmi eux, et voyez en moi votre récompense. » Harith, sans hésitation aucune, usa de son influence et rétablit la paix entre les tribus (2).

Voici un autre exemple de la première moitié du xix^e siècle et qui prouve combien les mœurs ont peu changé chez les tribus arabes. « Un homme, qui chez A'nazé (3), dit un célèbre voyageur allemand Burckhardt, désire épouser une fille, dépêche au père un ami de la famille, et la négociation commence. On consulte alors les intentions de la fille, et si le mariage doit avoir lieu, l'ami prend la main du père en disant : « Tu declares que tu donnes ta fille pour femme à... ? Le père répond affirmativement. Le jour du mariage étant fixé le futur arrive, avec un agneau dans ses bras, à la tente du père de la fille, et coupe la gorge de l'animal devant des témoins. Dès que le sang tombe à terre, la cérémonie du mariage est regardée comme accomplie (4).

Aujourd'hui encore, les tribus arabes du Laklouk (Liban-Nord) n'usent d'aucune sorte de violence contre leur fille qui refuse de se marier.

3^e Comment concilier ce que les chroniqueurs orientaux nous racontent de monstrueux sur les coutumes matrimoniales des Arabes, avec ce respect chevaleresque, cette sollicitude généreuse qu'ils témoignent à l'égard de leurs femmes ? Défendre une femme contre toute injure, c'est le devoir le plus sacré pour un bédouin. Tout arabe peut répéter avec le fameux A'ntar : « Et quant à nos femmes, nous sommes les gardiens vigilants de leur honneur ; notre extrême sollicitude fait leur

1. C'est la guerre de Dahis qui dura, dit-on, quarante ans, v. Desvergers : *ouv. cité.*, p. 117 à 121.

2. *Ibid.*, p. 121, 122.

3. Ces tribus habitent aux confins de la Syrie. V. *Coll. Hist : Le Monde*, t. IX, p. 289.

4. *Ibid.* p. 294.

quiétude et leur gloire » (1). Les enfants n'avaient pas moins d'attachement à leur mère (2); ni les maris moins de sollicitude pour leur femme : Un jour, Rabia de la tribu de Béni-Kinana, conduisait un chameau sur lequel sa femme était montée, lorsqu'il fut attaqué par un guerrier de Doraïd, fils de Somma, qui voulait lui arracher sa femme. Rabia remet la bride du chameau entre les mains de la jeune femme et lui adresse ces vers : « Chemine en paix comme une femme heureuse et tranquille, dont la crainte n'a jamais fait battre le cœur, et moi qui ne pourrais sans honte tourner le dos à mon adversaire, je vais à tes yeux lui faire l'accueil qu'il mérite » (3). Puis il s'élance sur son ennemi et le renverse d'un coup de lance, etc.

Les femmes, de leur côté, préféraient la mort à la possibilité d'un soupçon : Fatima, fille de Khourschod, épouse de Ziad, fut enlevée par Hamal de Béni-Dhobyen, dans une course que ce guerrier faisait aux Absides. Hamal dirigeait vers son camp sa captive lorsque Fatima lui dit : « Hamal, qu'as-tu fait de ta générosité ? Ecoute bien ce que j'ai à te dire. Tu vois, cette colline qui s'élève devant nous; si tu m'emmènes au delà, il n'y aura plus de paix possible entre toi et les fils de Ziad... Un seul propos sur mon compte est pour moi et mes enfants l'équivalent de l'infamie... Rassurée que la volonté de Hamal était inébranlable, elle se précipita, la tête la première, du haut de son chameau; aimant mieux que ses enfants eussent à déplorer sa mort qu'à concevoir un soupçon sur sa vertu (4).

La fameuse poétesse *Laila Al A'sifa* « la chaste » (décédée vers 139 av. l'hégire et 483 de J.-Ch.). accompagnant un jour son père dans un voyage en Perse. Un

1. Devergiers : *ouv. cité*, p. 105. v. d'autres exemples, p. 104 à 113.

2. *Ibid.*, p. 106.

3. *Ibid.*, p. 106.

4. *Ibid.*, p. 105.

Persan, voyant sa grande beauté, vint rapporter la nouvelle à son roi. Que penses-tu, lui dit le roi, que nous puissions obtenir de cette fille et l'Arabe (la femme arabe) sacrifie sa vie pour sauvegarder son honneur ! Tout de même il se décide, et envoie ses guerriers l'enlever à son père. Mais en vain, il la soumit à toutes sortes de tortures pour voir son visage, Laïla refusait toujours et enfin comme il insistait, elle lui adressa ces paroles : « Roi, vous avez à choisir entre deux choses : ou me renvoyer à mon père ou bien me tuer pour m'épargner la honte de montrer mon visage (1). » Cette condition privilégiée de la femme n'est pas spéciale aux Arabes, elle est la caractéristique de tous les peuples sémites. Si la littérature babylonienne, assyro-Chaldéenne ou phénicienne nous est encore inconnue, nous avons de nombreux exemples de ce genre dans la littérature du peuple d'Israël. Selon la tradition mosaïque (Gén. II. 20-24), la femme est une portion de l'homme, créée pour être son aide, et entièrement semblable à lui : Les femmes israélites comme les femmes arabes, jouissaient d'une très grande liberté. Nous rappellerons les femmes qui, conduites par Miriam, sœur de Moïse, célèbre publiquement par des chants et des danses la miraculeuse sortie d'Egypte (2) (Exode 15, 20) ; les filles de Siloh, qui dansaient dans les vignes, n'ayant d'autres gardiens que leur innocence, et que les jeunes gens pouvaient librement aborder (Juges 21, 21). Les femmes arrivaient même aux plus hautes dignités. Débora, femme prophétesse (3), a su se placer à la tête de la République. C'est elle qui encourage Barak à aller combattre Sisera et elle le suit au combat (Juges 4). Athalie régna, quoique tyranniquement, pendant six ans sur

1. C. f. Mohammad Hassan Al-Marçifi, *Littér. arabe*, t. I, p. 48.

2. V. pour les Arabes la délégation des femmes venue à la rencontre du prophète lors de sa rentrée à La Mecque, *infra*, p. 56.

3. V. pour les Arabes, *infra*, p. 96-97.

le peuple d'Israël. La prophétesse Hulda jouissait d'une telle considération, que le roi Josias, le Grand prêtre Hilkia et les grands dignitaires de la couronne vont lui demander des conseils (II Rois, 22, 14).

Dans sa vie domestique, la femme n'était pas moins libre et indépendante. La princesse Michal, voyant un jour son époux, le roi David, s'abandonner à de trop vives démonstrations de joie et danser parmi le peuple, ne craint pas de venir lui adresser de graves reproches (II Sam. 6, 20) (1). L'enfant doit écouter les conseils de sa mère, comme ceux de son père : C'est une couronne de grâce pour sa tête et une parure pour son cou (Prov. ch. I, 8, 9). Un père exhortant ses fils, pour l'acquisition de la sagesse, il leur dit notamment : « Moi aussi, j'ai été un fils pour mon père, un fils tendre et unique auprès de ma mère » (Pro. chap. IV, 3) (2). La description de la femme courageuse faite dans le livre des proverbes (ch. XXXI, 10 et suiv.) démontre d'une façon éclatante le rôle important de la femme dans la vie domestique.

III. — Utilité de l'étude de trois premiers siècles de l'Islam

Presque tous les auteurs : les Orientaux comme les occidentaux, qui ont étudié le statut personnel musulman, ont gardé le silence sur toute cette longue période (trois siècles environ), qui s'écoule depuis la mort du prophète Mohammad, jusqu'aux derniers Abbassides. Or, chose très significative, c'est pendant ces trois siècles que l'Islam réussit, non seulement, à conquérir le monde par l'effort inouï de ses puissantes armées ; mais aussi à fonder, à l'aide des monuments grecs, romains,

1. Pour plus de détails, v. Munk : *Palestine*, p. 201-202, Paris.

2. Cf. pour les arabes, *infra*, 1^{re} partie : « Les successibles chez les Arabes ».

persans, indiens, etc., une des plus brillantes civilisations du monde (1). Les khalifes de ces siècles de prospérité et de grandeur non seulement laissèrent aux pays conquis leurs coutumes et leurs lois, mais aussi, ils s'adaptèrent aux civilisations très avancées de ces peuples. Ils s'entouraient des savants, des lettrés, des artistes, de toute religion et de toute origine : Perses, Captes, Grecs, Chaldéens, etc., de sorte que les grandes cités des khalifes, Bagdad comme Damas ; Bassoura comme Nisabour, regorgeaient de savants, qui affluaient de toute part et devinrent le centre intellectuel du monde. Moàwia, le fondateur de la dynastie Omayyade, suivant en cela l'exemple de ses prédécesseurs, ne se faisait aucun scrupule, de subordonner les prescriptions coraniques aux intérêts essentiels de l'Etat. Une tradition nous raconte que Moàwia (alors gouverneur de Syrie) (2), tomba en désaccord avec un vieux juriste : Abou Darr Al. Gifari, au sujet du verset du Coran (S. IX, v. 34) où on lit : « O Croyants ! sachez que la plupart des prêtres et des moines dévorent injustement les biens d'autrui, et écartent les hommes de la voie du salut. Et ceux qui thésaurisent l'or et l'argent et qui ne les dépensent pas dans la voie de Dieu, annonce-leur un châtement douloureux ». L'homme d'état voyait là un avertissement, qui ne pouvait s'appliquer aux conditions actuelles de l'Etat musulman, et qui visait les chefs cupides des autres religions ; le dévot pensait, au contraire que : « l'avertissement est dirigé contre eux et contre nous ». Moàwia estima l'exégèse d'Abou Darr

1. Sur la civilisation Arabe durant ces trois siècles : Le Bon : *ouv. cité*, p. 164 et suiv. ; Stoddar : *Le Nouveau Monde de l'Islam* : traduit par Abel Doysié. Payot, p. 11 et suiv. Paris, 1923 ; Desvergers ; *ouv. cité*, p. 432 et suiv.

2. Sous le Khalifat d'Omar ben Al-Khattab (monté sur le trône le 22 Djoumada second, 13^e année de l'hégire (23 août 634 de J. Ch.). La résidence du Khalifat était alors à Médine. V. Devergers ; *ouv. cité*, p. 227 et suiv.

assez dangereuse pour en appeler contre elle au Kha-life; celui-ci fit mander l'homme auprès de lui à Médine, et le reléqua dans une petite localité des environs, pour qu'il n'influencât pas, en enseignant le mépris du monde, l'opinion publique dans un sens opposé à l'esprit dominant (1). Les compagnons du prophète n'en tenaient pas moins la même conduite: Omar ben Ma'di Karib Azzoubaïdy, un des compagnons du prophète, va un jour trouver un ami et l'ayant salué ainsi : *bonne matinée*. Comment, lui dit son ami, tu me salues ainsi : L'Islam ne nous a-t-il pas donné une expression meilleure ? « La paix soit avec toi ». Laisse-nous tranquilles de ce que nous ne savons pas, lui répondit Omar. Est ce que tu as un mouton rôti et du bon vin ? Eh quoi ! répliqua l'homme indigné, tu bois du vin que Dieu a défendu dans son livre ? Par Dieu, répondit Omar, j'ai lu le Coran d'un bout à l'autre et je n'ai trouvé aucune prohibition de l'usage du vin, sinon que Dieu a dit : « Ne cesserez-vous d'en boire ? » et nous avons répondu que non (2). Les compagnons allaient visiter les églises et s'entretenaient avec les curés, avec une extrême amabilité (3).

Al Ma'moun, fils d'Haroun El-Raschid, regardait les savants comme des êtres choisis par Dieu pour perfectionner la raison : « C'étaient les flambeaux du monde, les guides du genre humain, sans eux la terre devait retourner à la barbarie primitive ». C'est même El-Ma'moun alla jusqu'à déclarer la guerre à l'empereur grec qui refusait de lui envoyer à Bagdad, un célèbre savant de Constantinople, appelé Léon (4).

1. C. f. Goldziher : *ouv. cité*, p. 115, 116. L'auteur cite plusieurs exemples de ce genre.

2. Waly Addin Yaken : *Les épreuves*, p. 37.

3. Desvergers : *ouv. cité*, p. 320. V. d'autres exemples, p. 281 282.

4. C. f. Le Bon : *ouv. cité*, p. 164. Desvergers, *ouv. cité*, p. 432 et suiv.

C'est probablement à cette époque, que furent fabriqués ces hadith attribués au prophète (1).

« Recherche le savoir même sur les confins des Indes » ;

« Recherche le savoir du berceau à la tombe » ;

« Un seul mot de science a plus de valeur que la récitation de cent prières » ;

« Une seule parole de sagesse apprise et communiquée à un frère musulman l'emporte sur les prières de toute une année » ;

« Les hommes sages sont les successeurs du prophète » :

« Dieu n'a rien créé de meilleur que la raison » ;

« En vérité un homme peut avoir prié, jeûné, fait l'aumône, accompli le pèlerinage et toutes les autres bonnes œuvres ; il ne sera quand même récompensé que dans la mesure où il se sera servi de son bon sens », etc.

Etant donné cette formidable activité d'adaptation, il serait vraiment étrange, que les juristes (2) fussent moins favorables aux emprunts, aux coutumes et aux lois de ces différents peuples. De l'aveu même des Arabes, pendant toute cette période les lois locales ont persisté ; et nous savons par ailleurs les méthodes préconisées par les docteurs pour rattacher les coutumes locales à des paroles, soi-disant, tenues par les prophètes ou par ses compagnons (3). Cette littérature de Hadith fut si abondante et si abusive, que le grand Imam Abou Hanifa n'admit comme authentiques que dix-sept hadith, parmi plusieurs centaines de milliers de

1. V. Stoddar : *ouv. citée*, p. 38.

2. Le mot juriste et théologien sont synonymes, dans la technologie juridique arabe.

3. Voir sur ces méthodes la très intéressante étude de Sawas pacha. *Etude sur la Théorie du Droit Musulman* ; t. I. Paris, 1902.

hadith (1). Quant à nous, nous suivrons l'exemple de Abou Hanifa et nous rejeterons tous ces hadith, en les considérant comme apocryphes. Nous nous bornerons à les rattacher aux coutumes des différents peuples conquis à l'Islam, notamment la Syrie, la Perse et l'Inde. Heureusement, nous possédons le livre Syno-Romain qui nous fournit des renseignements précieux sur les institutions juridiques en cours, à cette époque en Syrie. Quant à la Perse et à l'Inde, nous nous en référons à leurs propres traditions.

IV. — L'orthodoxie dans l'Islam (2)

Voyons quelle fut l'activité des juristes pendant ces trois premiers siècles de l'Islam. Il est admis, actuellement, que la doctrine professée de nos jours, est la véritable doctrine orthodoxe, et que toutes les autres doctrines soutenues antérieurement ou postérieurement aux quatre Imams, n'étaient que des hérésies. Cette doctrine a pour elle, le fait que, depuis dix siècles, environ, cette orthodoxie est reconnue comme telle par le monde musulman. Mais était-ce l'orthodoxie qui a régné depuis Mohammad jusqu'à la fin du III^e siècle de l'hégire ? C'est-à-dire, pendant toute cette période où la civilisation arabe a atteint son apogée. Voilà la question. Car il ne suffit pas que, par le caprice de souverains médiocres ou despotes, un certain nombre de sectaires se déclarent orthodoxes pour qu'on les suive.

Deux grandes écoles, pour ne citer que les plus importantes, se partageaient alors le monde musulman : L'école rationaliste et l'école irrationaliste.

L'Ecole rationaliste. — Les partisans de cette

1. C. f. Frères des Ecoles chrétiennes : *Litt. arabe*, p. 329. Alexandrie, 1914.

2. C. f. Goldziher : *ouv. cité*, p. 59 à 109. Stoddar : *ouv. cité*, p. 15 à 17.

école sont les Mo'tazélites. Le mot Mo'tazélite vient de la racine itazala, se retirer, pris ici dans le sens d'ascétisme(1). Le fondateur de cette école Wasel ben A'tha est représenté par les biographes comme un homme très pieux et très honnête, dont on a pu dire dans une élégie qu'il n'avait touché ni à un dinar ni à un dirham. Son compagnon A'mr ben O'baïd est qualifié de Zahid (ascète). Leur doctrine consiste à enseigner le monothéisme pur. Pour eux, il n'y a rien d'obligatoire dans l'Islam que la croyance en un Dieu unique et à la mission du prophète. Pour toutes autres choses, fussent-elles même réglementées, prohibées ou prescrites par le Coran, la raison seule doit en être juge. La raison est le seul arbitre de nos actions, disent-ils. Bechr ben Mo'tamir de Bagdad dédia à la raison les vers suivants :

« Que la raison est magnifique, comme exploratrice et comme compagne dans le mal et dans le bien.

« Comme juge qui décide sur ce qui est absent, comme sur une chose présente », etc.

L'Ecole irrationaliste (2). — Pour les partisans de cette Ecole, au contraire, la raison est ignoble, et doit être écartée de tous les domaines de l'activité sociale. Toute chose doit procéder du Coran ou de la Sunna, sinon c'est une nouveauté que tout bon musulman doit rejeter. Pour eux, le Coran est incréé ; la Sunna est sacrée, des contradictions, n'en parlons pas ; les hadith sont des préceptes divins et mystérieux qu'il faut admettre sans aucune sorte de discussion, voire même sans les comprendre. Car ce serait offenser la toute puissance de Dieu que de discuter les paroles de son prophète et ses compagnons.

1. Du reste, les adeptes de cette école sont appelés par les irrationalistes les gens ascètes (Ahl Azzohd).

2. Les partisans de cette école sont généralement appelés conservateurs mais comme nous le verrons c'est un abus de langage. Ce sont plutôt les rationalistes qui devraient être appelés conservateurs.

Or étant donné le libéralisme des quatre Khalifes Justes (Abou-Bekr, O'mar, O'thman et Ali) et des Ommayyades, il n'y a pas de doute, que le Mo'tazélisme ait régné durant le premier siècle de l'hégire. Lorsque les Abbassides menèrent leur formidable campagne contre les Ommayyades, qu'ils traitaient comme les pires transgresseurs de la loi coranique et les accablaient des calomnies ; les Abbassides descendants de la famille du prophète, pour renverser leurs adversaires politiques et consolider leur domination, se retournaient, naturellement vers les irrationalistes. Mais une fois leur pouvoir établi, loin d'abandonner les Mo'tazélites, les premiers Abbassides et surtout Abou Djàfar Al-Mançour et El-Màmoun, érigèrent le Mo'tazélisme en doctrine religieuse d'Etat. De telle sorte que les Mo'tazélites purent lancer, au nom du Khalife et de la religion, l'anathème contre les irrationalistes : « Quiconque n'est pas Mo'tazélite, ne doit pas être appelé croyant » *voilà l'orthodoxie de la civilisation arabe*. Les irrationalistes ne se tinrent pas, cependant, pour battus. Ils continuaient à travailler dans l'ombre, et réussirent au milieu du x^e siècle de l'ère chrétienne à susciter un mouvement de réaction en leur faveur. Force fut faite, enfin, à Nizam el-Molk, célèbre vizir des Seldjoukides, fondateur des grandes écoles de Nisabour et de Bagdad, de sanctionner officiellement une doctrine transactionnelle celle des Ascha'rites. Le fondateur de cette école est Al-Ascha'ri (330 de l'hégire et 941 de J.-Ch.), théologien de l'école Mo'tazélite, mais suivant l'opinion dominante, il abandonna ses maîtres et s'appliqua à faire la cour aux irrationalistes. D'après lui la foi à la magie et à la sorcellerie restait intacte. De tout cela les Mo'tazélites avaient fait table rase. Toutefois les Ascha'rites faisaient une large part à la raison et ne voulaient admettre, surtout pour ce qui est de la tradition orale, que les hadith qui sont conformes à la raison et au bon sens. Enfin selon eux, les hadith n'étaient pas authentiques.

Cette manière de voir n'était pas du goût des irrationalistes impénitents. Ils s'irritèrent donc, et à mesure que le despotisme du palais s'accroissait, leur action devenait de plus en plus intense, et les rationalistes finirent par succomber définitivement. Pour les irrationalistes, il n'y a pas de différence entre les Mo'lazélises, et les Ascha'rites, et s'ils avaient toléré ces derniers c'était pour combattre les derniers représentants du Mo'lazélisme (1) Le Kalam en soi, son principe, voilà l'ennemi, qu'il conduise à des résultats hérétiques ou orthodoxes : « Fuis le Kalam, sous quelque forme que ce soit, comme tu fuis devant le lion ». Telle fut leur devise. Pour justifier leur conduite, ils attribuèrent à l'Imam Al-Chafiy le propos suivant : « Mon jugement sur les gens du Kalam, c'est qu'ils devaient être frappés à coup de fouet et de semelle, et ensuite conduits à travers les tribus et les camps, tandis que l'on proclamerait : « Telle est la récompense de celui qui met de côté le Coran et la Sunna et qui s'adonne au Kalam ». Socrate, Platon, Aristote, Pythagore et tous les philosophes furent chassés des enceintes des universités ; les rationalistes furent traqués et percutés, leurs écrits brûlés et leur mémoire flétrie, et le despotisme aidant, la notion de la Bida' (pas de nouveautés dans l'Islam) se propagea. C'est ainsi que la décadence intellectuelle suivit, pas à pas, la décadence politique, et la civilisation finit par sombrer dans l'abîme de l'irrationalisme.

Mais ces tristes fanatiques sont venus trop tard. La fusion de toutes les cultures intellectuelles, si bien entretenues par les rationalistes de tous les pays de l'Islam, était un fait accompli. Le peuple continuait à vivre suivant les lois et les traditions existantes. Les

1. C. f. Ibn Khaldoun, *ouv. cité*, t. I. les deux paragraphes sur la foi et sur le Kalam. L'Ecole Ascha'rite céda la place à l'Ecole irrationaliste vers la première moitié du XI^e siècle. Cadi Al-Bagilani (404 del'hégire et 1014 de J.-Ch.) fut un des derniers représentants de l'école Ascharite à l'époque de sa domination.

irrationalistes durent enfin compter avec les nécessités sociales et économiques du peuple, et l'on se mit à l'œuvre. Les sources coraniques fouillées, pressées, et pour ainsi dire maltraitées, furent enfin épuisées. Alors on recourut à la Sunna, système commode, qui justifie tout. Ils collectionnèrent sous ce déguisement, toute espèce d'idées et de traditions, sans examen, sans critique (puisque la raison en était exclue), côte à côte, les coutumes les plus diverses, les fables les plus fantaisistes en les rattachant à des propos, soit disant tenus par le prophète, par ses compagnons ou par les quatre Khalifes Justes. Bientôt, sous peine de tomber dans le ridicule, ils abandonnèrent cette source estimable pour recourir à l'analogie. Comme il fallait, ici, raisonner, discuter ; la discussion commença de plus belle sur des casuistiques extravagantes, surtout en matière de succession. De telle sorte que, Ibn Khaldoun, qui n'est pourtant pas libéral, se prononçait ainsi sur le système successoral de ces docteurs : « Les cas prévus par eux, dit-il, sont de plus étranges et ne se sont jamais vus. Le public n'a aucun intérêt à les connaître ». Mais il les justifie, pourtant ; voici comment : « Ils sont, du reste, utiles, pour aiguïser les esprits et les familiariser avec cette science difficile de la succession » (1). Voici des exemples des cas prévus par ces juristes : on discutait sur le droit héréditaire que peut avoir un ascendant au cinquième degré, sur la succession d'un descendant au cinquième degré, décédé sans enfants (2). Comme d'après les superstitions populaires, les démons prennent souvent figure humaine, on examina minutieusement, les conséquences juridiques et religieuses de cette transformation. On discuta pour savoir, s'il fallait les compter parmi le nombre obligatoire des fidèles qui participent à la prière du vendredi ou à la suite d'un mariage

1. C. f. Ibn Khaldoun, *ouv. cité*, t. I, p. 358.

2. Nous verrons plus tard que les cas de ce genre découlent nécessairement du système de la dévolution successorale même.

d'hommes véritables avec des démons ayant pris figure humaine ; comment traiter la descendance humaine née de telles unions ; quelles suites entraînent de tels mariages relativement aux droits de famille ? etc. Hasan el-Basri cite même des exemples d'unions de ce genre, contractées par des gens fidèles à la Sunna. Damiri parle de ses relations personnelles avec un Cheikh qui avait vécu maritalement avec quatre démons femelles. Comme le Coran et la Sunna, quoique d'origine divine et immuable, les gênaient, ils inventèrent deux théories (1) : *La science de l'abrogeant et de l'abrogé et la science de hyal*, pour tourner les prescriptions légales tout en apaisant la conscience. La science de l'abrogeant et de l'abrogé consiste à déclarer que telle prescription coranique est annulée par telle autre du même livre sans nous dire jamais pourquoi. La science de hyal ou artifices, consiste en des expédients subtiles qui jouent le même rôle que la précédente, avec toutefois, cette différence tandis que la première annule complètement une prescription du Coran ou de la tradition, la seconde laisse cette prescription intacte mais l'empêche de produire ses effets. L'Ecole Hanafite se distingua surtout dans l'examen approfondi de ces artifices de métier.

L'analogie devint bientôt insuffisante, et l'on recourut à l'Ijdma' El Aymmat (accord unanime des Imams). Ensuite aux usages locaux.

Cette exclusion systématique de la raison nous a été d'une grande utilité. En rapportant toutes ces coutumes diverses, telles qu'elles existaient à leur époque, sans les altérer, les traditionnistes nous ont légué la tâche difficile, il est vrai, mais possible de les épurer par simple comparaison avec les traditions propres des différents peuples soumis à l'Islam.

Notons pour finir, que cette doctrine qui consiste à tout rattacher à la religion, tout en excluant la raison, a

1. Ils appellent ces théories, sciences.

eu les plus tristes conséquences, non seulement dans le domaine politique ou juridique, mais aussi dans le domaine scientifique. Pour ne citer qu'un exemple, l'Université d'Al-Azhar, du Caire, si florissante autrefois, n'est plus au XIX^e siècle qu'une pâle figure du passé. Voici ce que nous raconte un savant voyageur français qui visitait Al-Azhar vers 1835 «... Al-Azhar était autrefois comme un flambeau au milieu des peuples de l'Islam... Dans les jours de sa splendeur, elle comptait plus de 12.000 disciples. Les temps ont bien changé, depuis quelques années, cette grande école, rivale de celle de Stamboul et de Bagdad a perdu presque tout son éclat ; plusieurs chaires sont abandonnées et le nombre des élèves ne monte pas à cinq cents (1) ». Parlant des soins qu'on y donnait aux malades et aux aliénés, il ajoutait «... Je ne trouvai auprès des malheureux enfermés au Moristan (2), qu'un barbier qui leur tient lieu de médecin. Pour tout remède, il leur donne à chaque renouvellement de lune, un bouillon de vipère ; comme il nous accompagnait dans notre visite, j'ai remarqué qu'il avait à la main une clé, et qu'il en donnait des coups sur la tête de chacun de ses malades. Vous frappez, sans doute, sur la porte du logis, lui ai-je dit, pour savoir si la raison est rentrée. Il m'a répondu que l'équilibre dans les idées ne pouvait se rétablir que par quelques secousses... etc. » (3).

Aujourd'hui les exigences impérieuses de la civilisation moderne, ont ouvert les yeux aux peuples musulmans. Les Turcs ont, d'un bond, retourné à la doctrine des premiers siècles de l'Islam. L'Université d'Al-Azhar, du Caire, vient de rouvrir ses portes à Aristote (4) et l'on parle déjà de la réhabilitation prochaine de plusieurs

1. V. Michaud, *Corresp. d'Orient*, t. VI, p. 7. Paris, 1835.

2. Hôpital pour les aliénés.

3. Michaud, *ouv. cité*, t. VI, p. 12 et 13.

4. Journal *Al-Bilagh* du Caire, 21 décembre 1924.

autres philosophes grecs ou latins. Des mouvements semblables se manifestent un peu partout : En Perse (1), aux Indes (2) etc. Sir Sayed Ahmed Khan, un grand chef indien, écrivait en 1867 : « Nous devons étudier les travaux scientifiques de l'Europe quoiqu'ils ne soient pas écrits par des musulmans, et quoique nous y trouvions des choses qui soient contraires à ce que nous enseigne le Coran. Nous devons imiter les Arabes des anciens jours, qui ne craignaient pas d'ébranler leur foi en étudiant Pythagore ».

Nous ne pouvons que les en féliciter et souhaiter pour le peuple Syro-Libanais l'imitation de leur généreux exemple.

V. — Mohammad et le Coran

Le Coran est, peut-être, le document historique le plus précieux que nous possédons sur la naissance de l'Islam et sur les coutumes des anciens arabes, car à cause de son caractère sacré, il a été conservé dans son contexte sans aucune altération. Les commentateurs, il est vrai, ont interprété ses dispositions de différentes manières, chacun suivant ses tendances et sa mentalité ; mais le texte même du Coran est resté intact. Les seules explications des commentateurs que nous pourrions accepter, et avec beaucoup de réserve, sont les explications grammaticales. Nous dirons avec beaucoup de réserve, car, même les explications grammaticales ont, parfois, servi à justifier des doctrines entièrement contradictoires ; en faisant dire aux mots ce qu'ils voulaient qu'ils disent, comme nous aurons l'occasion de le constater plus tard. S'il est vrai que les expressions coraniques sont parfois difficiles à comprendre, il n'en est pas moins vrai aussi que la langue du Coran n'est pas

1. Stoddard, *ouv. cité*, p. 39 et ss.

2. *Ibid.*, p. 39 et ss.

aussi mystérieuse qu'on le pense. La langue arabe, en effet, dans son style pur a été conservé jusqu'à nos jours. Et la littérature arabe ne manque pas de monuments littéraires, lesquels s'ils ne surpassaient pas le Coran par le charme et la précision, du moins ils l'égalent ; avec toutefois cette différence que le Coran contient beaucoup de fautes d'orthographe, tandis que les monuments littéraires en sont indemnes.

Donc pour les coutumes des arabes antéislamiques comme pour le système familial de Mohammad, la méthode la plus sûre comme la plus simple, nous paraît celle de puiser nos connaissances directement dans le Coran et la conduite du prophète.

Chose inexplicable. Tous les savants ont constaté ce fait évident que Mohammad se proclame toujours le continuateur ou le restaurateur de la véritable doctrine d'Abraham, de Moïse et du Christ. Tous ont constaté que Mohammad, avant de commencer sa mission divine fit plusieurs voyages en Syrie. Mais tous se sont arrêtés là, sans en avoir tiré les conséquences naturelles, pour le statut personnel, comme pour tout autre chose. Au lieu de suivre ces indications précieuses, ils ont préféré adopter les interprétations hypothétiques et contradictoires des commentateurs. Il faut, croyons-nous, avoir plus de confiance dans Mohammad que dans ces théologiens. Le prophète, en effet, nous indique dès le début les sources de ses inspirations : Le Pentateuque et l'Evangile, lesquels, prétendait-il, sont altérés par les Juifs comme par les Chrétiens. En quoi du reste il avait parfaitement raison. Car le christianisme de l'Arabie comme celui de l'Abyssinie, n'avait de la religion du Christ que le nom. Pour n'en citer qu'un exemple ; les Abyssins pratiquaient un régime matrimonial tout à fait contraire aux enseignements de l'Evangile. Ainsi, en matière de mariage, ils avaient un singulier régime polygamique, qui consiste à peu près en ceci : Les prêtres peuvent se marier légitimement, une fois, mais ils

peuvent se rattraper par le concubinage. De leur côté, les laïcs peuvent prendre autant de femmes qu'ils ont le moyen d'en entretenir. Les époux se séparent aisément et sans aucune formalité. Autant dire un régime de concubinage légal (1). Les Juifs n'étaient pas plus avancés (2).

Nous croyons utile de citer ici même quelques versets du Coran où Mohammad proclame les sources de ses inspirations, comme de sa doctrine et son alliance avec les prophètes qui l'ont précédé (3).

«... Il n'y a point de doute sur ce livre, il est la règle de ceux qui craignent le Seigneur. De ceux qui croient.

« Qui font la prière, et versent dans le sein des pauvres une portion des biens que nous leur avons donnés. De ceux qui croient à la doctrine que nous t'avons envoyée du ciel et aux *Ecritures descendues avant Toi.* » (S. II, v. 1, 2, 3).

« Nous avons donné le pentateuque à Moïse, nous l'avons fait suivre par les envoyés du Seigneur. Nous avons accordé à Jésus, fils de Marie, la puissance des miracles. Nous l'avons fortifié par le Saint-Esprit. Toutes les fois que les Envoyés du Très-Haut vous apporteront une doctrine que rejettent vos cœurs corrompus. Vous accuserez une partie de mensonge, et vous massacrerez les autres » (S. II, v. 81).

« Lorsqu'on leur dit, croyez à ce que Dieu a envoyé du ciel ; ils répondent, nous croyons aux Ecritures que nous avons reçues ; et ils rejettent le Livre venu depuis

1. Cf. *La Grande Encyclopédie*, t. I, p. 177. — V. pour les chrétiens arabes le mariage de Farazdak avec une chrétienne et une musulmane *infra*, p. 87.

2. Cf. Munk, *ouv. cité*, p. 202-203.

3. Nous n'avons sûrement pas la prétention de citer ici tous les versets du Coran relatifs à ce sujet ; car ce serait transcrire les trois quarts du texte du Coran. Nous nous contentons donc d'y renvoyer. V. cependant S. II, v. 19, 73, 77 et ss. ; S. III, 179 à 198, etc.

pour mettre le sceau à leurs livres sacrés... » etc. (S. II, 85).

« Dites, nous croyons, au livre qui nous a été envoyé, à ce qui a été révélé à Abraham, Ismaël, Isaac, Jacob, et aux douze tribus ; nous croyons à la doctrine de Moïse, de Jésus et des prophètes ; nous ne mettons aucune différence entre eux, et nous sommes musulmane (S. II, v. 130).

« Il t'a envoyé le Livre qui renferme la vérité, pour confirmer les Écritures qui l'ont précédé. Avant lui, il fit descendre le pentateuque et l'Évangile, pour servir de guide aux hommes. Il a envoyé le Coran des cieux. » (S. III, v. 2).

Conclusion. — Notre méthode peut donc se résumer ainsi : Ne pas croire les traditionnistes sur parole. Nous inspirer plutôt : 1° du Coran et de la conduite du Prophète ; 2° des traits fondamentaux qui caractérisent la race sémite et des institutions des peuples sémites ; 3° des coutumes arabes avant l'Islam qui se sont perpétuées jusqu'à nos jours. Enfin, épurer la tradition de l'influence étrangère aux arabes en rattachant les hadith aux conceptions sociales correspondantes de ces peuples étrangers : Perses, Indiens ou autres.

CHAPITRE II

ORGANISATION DE LA FAMILLE CHEZ LES ARABES

§ 1^{er}. — Le Matriarcat

Les Arabes d'avant l'Islam pratiquaient-ils le matriarcat ? On l'admet généralement (1). Nous ne le croyons pourtant pas. Les arguments que l'on cite à l'appui de cette thèse ne sont point convaincants. Tout, au contraire, porte à croire que cette institution n'a jamais existé chez les Arabes. En voici les raisons :

1^o D'abord elle n'existe nulle part dans les institutions des peuples sémites de même race que les Arabes : Les Babyloniens ; les Juifs, les Assyriens, les Syriens, etc.

2^o D'autre part, cela paraît en contradiction flagrante avec l'esprit arabe qui, par sa tradition constante, pour ses poètes, pour tous ses monuments littéraires se montre si respectueux, si jaloux sur l'honneur de la femme.

3^o Nulle part on ne trouve trace, actuellement, de cette institution chez les Arabes vivant à l'état nomade ou demi-sédentaire ;

4^o Aucun principe religieux, social, ou moral prôné par les bédouins ne nous incline, non seulement à admettre, mais même à soupçonner l'existence de cette institution chez eux.

Bien au contraire, cette institution est de tradition

1. V. notamment M. Demombynes, *Les Institutions Musulmanes*, p. 114. Paris.

constante dans le monde persan où elle fut établie par plusieurs fondateurs de religions. Voici un exemple qui remonte à l'an 485 de Jésus-Christ : un homme appelé Mazdak se proclama prophète et fit adopter par Cobad, roi de Perse, sa doctrine qui consistait principalement à permettre toutes les unions sans aucun égard au degré de parenté. C'est ainsi que le roi Cobad donna l'exemple en se mariant avec sa sœur suivant cette doctrine qui du reste était en cela conforme à celle de Zoroastre. A toutes les époques nous voyons en Perse non seulement la Communauté des femmes, mais aussi des mariages entre frères et sœurs, mère et fils, père et fille, etc. (1).

Les Indiens sont peut-être, les peuples où ces coutumes ont de tout temps existé. Chez les Nairs de Malabar, par exemple, en vertu d'une coutume locale, une femme mariée peut légitimement se livrer à tous les hommes d'une caste égale ou supérieure. Aussi l'incertitude de la paternité est-elle si grande chez eux que l'héritier légitime d'un homme n'est pas son fils mais celui de sa sœur (2).

Il est vrai qu'on rencontre souvent dans l'histoire des Arabes des personnes désignées du nom de leur mère et non de celui de leur père ; mais cela n'a aucun rapport avec le matriarcat. Il est, tout simplement, le résultat d'un usage, qui subsiste encore de nos jours, notamment en Syrie, et au Liban, qui fait que l'enfant prend souvent, en public, le nom de sa mère parce que celle-ci, a dans le milieu social où elle vit, plus d'influence et de considération que son mari. Voici du reste un exemple, d'un roi chrétien, dont le père est connu et qui, cependant, porte le nom de sa mère : Amrou, roi de Hira (562 de J.-Ch.), fils et successeur

1. V. Louis Dubeux, *Perse*, p. 323 et ss., 267 et ss., 288. Paris, 1841.

2. De Jancigny, *Inde*, p. 189. Paris, 1855.

de Mondhir III, était appelé par les Arabes le fils de Hind (1).

Bien plus, cet usage n'est pas spécial à la mère ; c'est parfois la sœur ou la fille qui occupe cet honneur. C'est ainsi que le chef de l'Ecole Hanafite est désigné du nom de sa fille Hanifa ; Le Grand chef Wahhabite. Ibn Saoûd qui mène actuellement la guerre contre la famille de l'ex-Khalife Hosaïn, est connu chez les Arabes sous le nom de sa sœur : Nour. On l'appelle « le frère de Nour » une femme belle et sage qui dirige toute la politique de son frère... etc.

Quant à la tradition rapportée par El-Fakhri, sur la famille des Ommayyades, elle est plus que suspecte. Fakhri nous dit : « Ziad, que le Khalife Moàwia, fils d'Abou Sofian, « reconnu pour son frère, au grand scandale des musulmans, né sous la Djahilyyah dans un véritable Nikah El-Motà, d'Abou Sofian et d'une certaine Somayah ; il portait avant cette reconnaissance le nom de Ziad, fils de Somayah. De même les membres de la branche cadette des Ommayyades qui arriva au pouvoir avec Marouen ben El-Hakem, étaient fréquemment appelés, les fils de la Zarka, parce que leur grand'mère, la Zarka était, au temps de la Djahilyyah, une des femmes aux drapeaux (2). N'est-il pas permis de voir là une pure calomnie propagée par les Abbasrides contre les ommayyades, leurs adversaires politiques pour les discréditer aux yeux du public ? et que les Abbasrides cherchèrent dans les annales des coutumes persanes ou hindoues l'origine de cette institution ? N'est-il pas extraordinaire que Mahommad qui a eu plusieurs fois l'occasion de légitimer en matière de mariage ne parle pas du tout de cette institution étrange ?

Quant à voir dans la vocation héréditaire de la grand'mère maternelle reconnue par les docteurs et

1. Desvergiers, *ouv. cité*, p. 85 et 112.

2. M. W. Marçais, *Des parents et Alliés successibles en Droit Musulman*, p. 43 et ss. Rennes, 1898.

non pas par les prophètes (1) un signe de l'ancien matriarcat, cela est inadmissible. Nous verrons plus tard en étudiant la succession ce qu'il faut en penser. M. Smith (2), contrairement à l'avis des auteurs musulmans, voit dans les prohibitions coraniques d'unions entre proches parents, un signe du matriarcat primitif. Cela est encore inadmissible. Mohammad déclare être le continuateur de Moïse et c'est là qu'il faut chercher l'origine de ces prohibitions. Nous y reviendrons plus tard.

On cite aussi comme preuve, le fait que Mahommed l'an 2 de l'hégire, n'a pas craint d'affirmer aux Médinois que l'individu devait assurer, par testament, à sa mère une part de ses biens (3) et que l'homme (arabe) de tout temps, témoignait beaucoup plus d'attachement à sa mère qu'à sa femme, sa fille ou sa sœur. Par exemple, Caïs ben Alkhatim ayant pris la résolution de se mettre en campagne pour venger son père et son grand-père, tués par une tribu voisine ; ne voulant pas laisser sa mère sans ressources, donna à un ami un champ des palmiers pour qu'il consacrat le revenu à nourrir la vieille femme, etc. (4). Voilà une survivance de l'ancien matriarcat ! Que le fils aimait sa mère, cela est parfaitement conforme aux coutumes arabes, mais voir là un signe de l'ancien matriarcat cela nous paraît aller bien loin.

La conclusion s'impose, le matriarcat n'a jamais existé chez les Arabes. C'est à d'autres sources, plus sûres et plus conformes aux conceptions arabes qu'il faut chercher l'origine des droits successoraux de Dhawi

1. M. Marçais, *ouv. cité*, p. 45, prétend que c'est le prophète qui a accordé ce droit à la grand'mère, se basant en cela sur le commentaire de Zarkany ; mais le Coran n'en dit rien de tout cela.

2. *Ibid.*, p. 16.

3. *Coran*, S. II, V, 176.

4. M. Marçais, *ouv. cité*, p. 22 à 24.

Al-Arham (femmes et parents par les femmes). Nous nous en expliquerons toutes les fois que l'occasion se présentera.

§ 2. — Le patriarcat

Le régime patriarcal semble être le seul connu des anciens arabes, comme de tous les peuples sémites. Il est, en effet, le seul compatible avec le genre de vie et la tradition constante de ce peuple. Les ghazous et les pillages étant, pour ainsi dire, perpétuels, il est tout naturel que les membres d'une même famille s'unissent étroitement sous l'autorité d'un même chef, pour défendre leur vie et leurs biens, ou, à l'occasion, piller les tribus voisines. L'instinct de conservation les a poussés à s'organiser solidement et à s'allier à tous ceux qui leur sont unis par le sang. C'est ainsi que, si un meurtre est commis contre l'un quelconque des leurs, ils disent : « notre sang a coulé », et se préparent à la vengeance (Akhdh Attar). Cette vengeance n'atteint pas seulement le meurtrier mais encore toute sa famille. La guerre de Baqousse entre les Tagh labites et les Béni-Bakr qui dura près de quarante ans, avait pour cause le meurtre d'une chamelle appartenant à une femme hospitalisée chez Djassas ben Morrah, et tuée par Kolaib ben Waïl. Djassas, pour venger l'injure faite à sa protégée, tua son beau-frère Kolaib ; la guerre éclata et faillit exterminer les deux tribus sans l'intervention de Harith ben Abbad qui mit fin à cette longue guerre (1). Moham-mad condamna ces mesures extrêmes (2). Mais les Arabes sont toujours restés ce qu'ils étaient autrefois et ne veulent écouter que la vengeance. Burckhardt a constaté le même état d'esprit chez les tribus arabes et notamment chez les A'nezé : ce n'est pas seulement le

1. Desvergers, *ouv. cité*, p. 110, 111.

2. V. notamment *Coran*, S. XXII, V, 35.

meurtrier qui répond du sang de sa victime, mais aussi tous ses parents jusqu'à la cinquième génération. De même le droit à la vengeance se transmet dans la famille de la victime jusqu'à la cinquième génération (1).

Le chef de famille. — Le chef de famille y occupait, naturellement, une place prépondérante : Juge en temps de paix, capitaine en temps de guerre. C'est lui qui tient la destinée de la famille. Mais il paraît que ce chef n'était pas toujours le père (du moins chez les Médinois). Celui-ci, en effet, une fois tombé dans la vieillesse, ne pouvant plus participer aux razzias, ni défendre la famille, cédait la place à un autre : C'est peut-être son fils aîné ou l'un quelconque de ses frères, qui s'est distingué par vaillance et par son courage. C'est peut-être à cause de la misère que les vieillards n'étaient pas respectés à cette époque par les Médinois. Mohammad, en effet, leur rappelle à différentes reprises les égards respectueux dus aux parents vieilliss (2).

Tant qu'il est à la tête de la famille, le père paraît avoir un pouvoir exorbitant sur la personne de ses enfants : fils ou filles. Il pouvait les vendre ou les tuer ou, suivant l'expression de Abou Alfaradj, « les égorger ». Mais Baïdawvy (3) ne partage pas entièrement cet avis, et dans son commentaire sur le v. 33, XVII, dit qu'il faut entendre par là les filles seulement et non les garçons.

Il est utile de nous initier dès à présent au système d'interprétation à ce commentateur (4) en l'étudiant de

1 *Coll. Hist. Le Monde, ouv. cité*, t. IX, p. 299.

2. *Coran*, S. VI, V. 152, S. XVII, V. 24, S. XLVI, V. 14. — V. Baïdawvy, *Commentaire du Coran*, t. I, p. 695-696.

3. Baïdawvy (692, de l'hégire et 1292 de J.-Ch.): *Naçer Ed-dine, Abou Saïd Abdallah ben Omar Al Baïdawvy*, naquit à Chiraz (Perse) fit ses études sur son père et devint le Cadi de cette ville. Son ouvrage le plus important est l'*Anvaar Attanzil fi Asrar Attàwil: Commentaire du Coran*.

4. De tous les commentateurs du Coran on peut dire autant.

plus près. Le v. 33 S. XVII dit ceci : « Que la crainte de l'indigence ne vous fasse pas tuer vos enfants. Nous fournirons à leurs besoins et aux vôtres... » Baïdawy l'interprète ainsi : « Lemeurtre des enfants, c'est-à-dire, l'enterrement des filles vivantes par crainte de la misère (1). Pourquoi les filles et pas les garçons ? Il n'en dit rien. Mais ne voit-on pas par là une allusion aux v. 8 et 9 de la S. LXXXI : « Lorsqu'on demandera à la fille enterrée vivante. Quel crime a-t-elle commis ? » Al-Mostazraf cité par Abou Alfaradj est plus explicite : « L'homme, dans la Djahilyyah, dit-il, s'il lui naissait une fille, il l'enterrait vivante, la preuve S. XVII, v. 33. Et si on lui annonçait sa naissance, il se plongeait dans la tristesse ; C'est à cela que Dieu fait allusion en disant : « Si quelqu'un apprend la naissance d'une fille, la tristesse élève un nuage sur son front (v. 60. C. XVI.) (2). Zamakhchary, de son côté affirme que « l'homme dans la Djahilyyah jurait, que s'il lui naissait X garçons (Gholam), il en égorgerait l'un d'eux » (3). L'interprétation restrictive de Baïdawy est, du reste, démentie par la tradition. La réponse que Hind fit à Mohammad, au moment où celui-ci, entrant à la Mecque, demandait aux femmes de la ville venues à sa rencontre, de prêter serment d'être fidèles à l'Islam et de ne pas tuer leurs enfants ; Hind au nom de ses compagnes, lui répondit en ces termes : « Pour nous, nous les élevons, quand ils sont petits, et c'est toi qui les a tués, devenus grands le jour du combat de Badr » (4). Il ne peut pas s'agir ici des filles mais bien des garçons. Voici pourtant une autre tradition qui semble dire que cette pratique était exercée à l'égard des filles seulement. Nous la transcrivons, à peu près

1. Baïdawy, *ouv. cité*, t. I, p. 696.

2. C. f. Abou El-Faradj ben El-Hakem El-Malaty, *Spécimen Historia araborum*. Bib. Ste Génér. 4 j. 210², p. 334.

3. *Ibid.*, p. 334.

4. Marçais, *ouv. cité*, p. 41.

entièrement, parce qu'elle nous permet, une fois de plus, de relever certains traits du caractère des Arabes :

Sa'sa', aïeul de Tarazdak, l'un des principaux poètes qui ont illustré les premiers temps de l'Islam, nous raconte de lui-même : « Je me présentai devant Mohamad. Il m'a proposé d'embrasser l'islamisme. Je le fis... Je lui dis ensuite « J'ai fait autrefois certaines actions pour lesquelles je voudrais savoir si Dieu me récompensera ? Quelles sont ces actions ? demanda Mohamad. — J'avais perdu, répondis-je, deux chamelles... Je montai sur une chamelle pour les chercher. J'aperçus de loin deux tentes. Je me dirigeai vers elles et je trouvai dans l'une un vieillard, auquel je demandai s'il avait vu mes deux chamelles. — Elles sont ici, répondit-il... leur lait a été d'un grand secours à une famille pauvre qui t'est alliée par le sang ; car nous sommes descendants de Modhar. Tandis qu'il me parlait ainsi, on lui cria de la tente voisine que sa femme venait d'accoucher. « De quel sexe est l'enfant ? dit-il, si c'est un garçon nous partagerons avec lui notre nourriture ; si c'est une fille qu'on l'enterre. — C'est une fille s'écria la femme. Quoi ! faudra-t-il donc la faire mourir ? — Epargne-la, dis-je au père, je t'offre de l'acheter — Mon frère, répondit-il, comment peux-tu me proposer de te vendre ma fille ? Ne t'ai-je pas dit que je suis un arabe de noble race, un descendant de Modhar ? — Ce que je désire, répliquerais-je, non pas d'en acquérir la propriété et de la posséder comme esclave ; je veux seulement racheter sa vie et l'empêcher de la tuer... Le marché fut ensuite conclu à prix de deux chamelles et un chameau... Depuis lors jusqu'au moment où l'Islamisme a aboli cette coutume, j'ai racheté 360 jeunes filles... etc. (1).

En réalité, cette barbarie n'était pas du tout une coutume constante chez les Anciens Arabes. Leur procédé

1. Desvergers, *ouv. cité*, p. 108, 109.

même de se débarrasser de leurs filles, dénote l'horreur pour eux de voir couler le sang innocent de leurs enfants : « si le père voulait tuer sa fille, nous raconte un historien, il la laisse atteindre l'âge de six ans. Il dit alors à sa mère de l'habiller et de la parfumer, puis il l'emmène au Sahara dans une place où il aurait creusé un fossé. Une fois rendu, le père dit à sa fille, « regarde dans ce fossé et sitôt que la fille y jette ses regards, il la pousse par derrière et comble le fossé de terre jusqu'au niveau du sol (1)... »

Ce qui paraît certain, ce que les arabes étaient à cette époque dans la plus effroyable misère. L'Arabie envahie par les Abyssins (2) (529 à 601 de J.-Ch.), les perses (601 à 632 de J.-Ch.) et les grecs ne pouvaient plus suffire aux besoins de ses habitants. La réponse que fit la délégation d'Omar à Yazdijird roi de Perse (632) ne laisse aucun doute sur ce point (3). Ils préféreraient faire mourir leurs enfants : fils ou filles, plutôt que de les voir supporter les horribles souffrances de la faim, ou de les déshonorer par la vente ou par l'esclavage. Quant à l'importance des chiffres ; c'est une pure exagération. La comparaison du chiffre 360 filles rachetées par Sa'sa', avec le nombre des jours de l'année arabe (360 j.), n'est-il pas un signe de ces exagérations si fréquentes chez les historiens arabes ? Cela d'autant plus vraisemblable que ce nombre des jours de l'année est encore actuellement, un dicton populaire pour marquer la grande importance que l'on attache à une chose. On dit aujourd'hui encore, en Syrie : Je t'en donne autant que le nombre des jours de l'année, comme on dit en français : je t'en donne cent. Notre conclusion serait donc, que le chef de famille possédait le pouvoir de vendre

1. C. f. Abou Al-Faradj, *ouv. cité*, p. 335.

2. Desvergiers, *ouv. cité*, p. 73-74.

3. Coll. Hist. *Le Monde* : *ouv. cité*, t. IX, p. 15 et 149. V. Desvergiers, *ouv. cité*, p. 335.

ou de tuer ses enfants, mais il n'en usait guère qu'à l'extrême nécessité (1).

La femme. — Si la situation de l'homme dans la famille est importante, celle de la femme n'est pas moindre. Au point de vue politique elle sert de conseiller au chef de la famille ; très intrigante, poétesse ou orateur elle l'accompagne dans les guerres et les ghazous et stimule l'ardeur des combattants. Les hommes politiques avaient tellement peur de l'esprit critique des femmes, que Moa'wia qui n'avait pas craint de défier ses puissants adversaires, tremblait devant les intrigues des femmes et se considérait comme heureux de pouvoir se les concilier ou de s'en débarrasser. A l'intérieur de la famille, elle était choyée et aimée par tout le monde. Les exemples de cette infinie sollicitude que témoignent les Arabes à l'égard de leurs femmes, et de la femme en général, sont trop nombreux pour qu'il soit nécessaire d'y insister. Son rôle domestique est aujourd'hui ce qu'il était autrefois, d'élever ses enfants, de faire son ménage et parfois de conduire les troupeaux au champ. Loin d'être une bouche à nourrir, elle est pour l'Arabe de toute première utilité. D'autant plus que les hommes avaient d'autres devoirs à remplir : les ghazous, les pillages et la recherche d'autres ressources pour les besoins futurs. Comme la femme juive, elle jouissait d'une très grande liberté : elle montait à cheval et prenait part aux courses ; elle recevait les hommes en tenue intérieure et sans voile (2).

Toutefois, la femme portait un voile (3). Mais cela

1. C. f. Munk, *ouv. cité* p. 206, sur les pouvoirs du père de famille sur ses enfants chez le peuple juif.

2. Desvergers, *ouv. cité*, p. 105, 106 ; Lammens, *Mélange de la Faculté Orientale de Beyrouth*, t. 1, p. 40 ; Louis Dubeux, *ouv. cité*, p. 480.

3. Cf. ce que dit Tertullien cité par Carra de Vaux, *La Doctrine de l'Islam*, p. 174. Paris, 1909. V. aussi l'exemple de Laila Al-Afifa, *suprà*, p. 33-34.

n'est pas un signe distinctif de sa qualité de femme ; puisque les filles non mariées portaient, elles aussi, un voile. C'était plutôt un signe honorifique qui dénote la situation sociale de la famille dont elle est issue ou celle à laquelle elle appartient par son mariage. C'était aussi, et surtout un signe de sa vertu qui la distingue des esclaves ou des femmes de mauvaise vie. Au surplus cette coutume existait chez les Juifs (1) et chez les Assyriens pour les femmes et pour les filles.

Nous lisons dans le paragraphe *g* des lois assyriennes (2) notamment ceci : « Les femmes d'hommes libres, leurs filles se voileront leur tête, soit du vêtement *sari*, soit des vêtements ? le jour dans la rue, son *esirtu* (concubine) qui va avec elle se voilera. L'*Hiérodoule* qu'un mari a épousé sera voilée » (3). Certains auteurs ont vu là un signe de propriété du mari et nullement une distinction sociale ou honorifique (4). Mais les prohibitions édictées par la suite et les sanctions prévues, impliquent l'idée d'une simple règle de police intéressant l'ordre public. On l'a vu, la fille porte un voile ; puis la loi interdit à l'*Hiérodoule* non mariée et à la prostituée, comme à la concubine et à la servante de porter le voile, sous peine de se voir arrêtées dans la rue par tout individu qui les rencontrera ; on coupe les oreilles aux servantes ; on frappe de 50 coups de bâton l'*Hiérodoule* et la prostituée et on verse de l'asphalte sur la tête de cette dernière. Celui qui arrêtera une de ces femmes, recevra en récompense les habits de sa victime. Mais celui qui les voit et ne les arrête pas, on lui administrera 50 coups

1. Munk, *ouvr. cité*, p. 367.

2. Lois assyriennes découvertes au cours des fouilles pratiquées de 1903 à 1914 à Galat Sergat dans les ruines d'Assur par la Deutsche Orient Gesellschaft et qui datent de (1390-1190 av. J.-Ch.).

3. Scheil, *Recueil des lois assyriennes*, § *g*. Paris, 1921.

4. V. notamment M. Cuq, *Revue d'Assyriologie et d'Archéologie orientale*, t. XIX, p. 7. Paris, 1922.

de bâton, on lui enlèvera son khandjar, on fendra ses oreilles et on les attachera en arrière et il fera un mois de corvée royale. On voit clairement qu'il s'agit d'une loi de police. Tout comme le port d'armes prohibées. Sinon on ne comprendrait plus alors, cette sorte de lésion singulière portée au mari (propriétaire) quand lui-même ne profite pas du tout de la peine promulguée pour sanctionner son droit de propriété. Il est vrai que la loi ajoute que : si quelqu'un veut voiler (épouser) son *esirtu*, il le fera devant cinq ou six témoins en disant : « C'est ma femme » sinon l'*esirtu* (concubine) ne sera pas sa femme et ses enfants n'hériteront qu'à défaut d'enfants d'une femme voilée (art. 42). Mais n'est-il pas permis de voir là un moyen de relever la condition de la concubine au rang privilégié de la femme mariée ? Nous verrons, au reste, que la femme, pas plus chez les Assyriens que chez tous les peuples rémites n'est un objet de propriété.

§ 3. — Le Mariage.

L'institution du mariage est la base essentielle de la famille. Toutes les autres conséquences : condition de la femme, condition des enfants, vocation héréditaire, etc., jaillissent du mariage comme d'une source naturelle. Il serait donc indispensable de se faire une idée exacte du caractère de cette institution chez les Arabes avant et après l'Islam.

Si l'on s'en réfère à la tradition rapportée par les docteurs et les historiens arabes, on serait tenté de croire que les anciens Arabes pratiquaient, en cette matière, les plus monstrueuses coutumes. Des unions honteuses, comme celles du père avec sa fille ; du fils avec sa mère (1), etc. ; l'achat de la femme par son mari et

1. Les auteurs occidentaux sont unanimes sur ce point. V. notamment : Houdas, *l'Islanisme*, p. 275. Paris, 1904.

partant le droit de disposer d'elle : la femme pourrait faire l'objet d'une donation (1). Bien plus si son mari meurt, elle serait transmise aux héritiers avec les différents objets de sa succession. Les savants occidentaux suivent les mêmes errements que les savants orientaux et aboutissent aux mêmes conclusions. Cela du reste est tout naturel puisqu'ils les prennent pour guide. Certains vont même plus loin. Constatant l'existence de certaines formes de mariages pratiqués, encore actuellement, dans certains milieux de l'Islam, pensent que ces mariages ne sont que la sanction explicite ou implicite, par le Coran, des coutumes arabes antérieures à l'Islam.

Quant à nous, nous rejetons toutes ces conclusions et nous démontrons que la femme n'a été ni vendue, ni transmise aux héritiers par voie d'héritage ou de toute autre manière, que les unions entre proches parents, pas plus que les différentes sortes de mariages n'ont jamais existé chez les Arabes d'avant l'Islam.

DIFFÉRENTES SORTES DE MARIAGES (2)

Voici en quoi consistent les différentes sortes de mariages reconnus légitimes dans certains milieux de l'Islam. On distingue quatre sortes de mariages (3).

1. — **Le Mariage *Ḥaḥīh*** ou mariage véritable est, d'après le *Char'*, une convention synallagmatique qui

1. Marçais, *ouvr. cité*, p. 18.

2. Nous empruntons ces notions à un distingué professeur du *Char'*, à l'Ecole khédiviale du Caire, Mohammed Zaïd Al-Anbany, *Commentaire des lois Char'*, t. 1, p. 3, 4, 24, 27, 28 et 29. Le Caire, 1903.

3. Nous laissons de côté le mariage conditionnel et le mariage mixte des humains avec les génies (démons). Le premier parce qu'il ne constitue qu'une variante de quatre mariages que nous voulons étudier ; le second parce qu'il n'a jamais existé que dans l'imagination des théologiens.

confère à l'homme le droit de jouir d'une femme avec laquelle aucun empêchement légal d'union n'existe (1).

La stipulation expresse d'un mahr n'est pas une condition essentielle pour la validité de la convention (p. 24) ; et même d'après l'Imam Abou Hanifa, on peut stipuler l'exclusion absolue du mahr. Par exemple, si l'homme dit à la femme : Je te prends pour épouse, mais sans mahr ; et que celle-ci accepte, le mariage est parfait. Mais la femme a toujours droit au mahr Al-Mitl, c'est-à-dire, au mahr légal d'une femme de même condition sociale qu'elle. L'Imam Malek ne partage pas cet avis et professe que le mariage avec exclusion expresse du mahr, est nul. Certains chaféites enseignent, de leur côté, que le mariage sans stipulation expresse de mahr payable immédiatement ou plus tard, est nul. La raison est que, le mariage est un échange des prestations, tout comme la vente ; et le mahr joue dans le mariage le rôle du prix dans la vente. Or la vente sous condition qu'il n'y aurait pas de prix, est nulle ; de même le mariage sous condition qu'il n'y aura pas de mahr, est nul. A quoi les Hanafites répondent : « Le mariage est l'union de l'homme et de la femme. L'argent n'est pas indispensable pour que cette union puisse avoir lieu ; surtout étant donné que le but essentiel du mariage est la procréation : le mahr n'est qu'une conséquence naturelle de la convention, tout comme l'appropriation de l'objet acheté découle pour l'acheteur de la convention-vente. Donc si un mahr n'a pas été stipulé ou s'il a été exclu, on doit payer à la femme le mahr légal, parce qu'il est d'usage que les femmes ne se marient qu'à condition qu'on leur paie un mahr égal à celui assigné à leurs pareilles. »

En tout cas, c'est une convention purement consen-

1. C'est-à-dire ni fille, ni sœur, etc. Cette définition est inexacte et incomplète. V. la suite, le mariage chez les Arabes avant l'Islam.

suelle. La seule solennité consiste dans la présence de deux témoins.

II. — Le Mariage de jouissance ou la Mota' est celui dans lequel l'homme convient avec la femme de jouir d'elle pendant quelques jours (5, 6, 10 jours), moyennant une certaine somme d'argent. Ce mariage, dit l'auteur, est nul, même s'il est contracté devant témoins. Cette nullité a pour conséquence la non-successibilité des époux entre eux. Toutefois certains auteurs disent qu'il est valable, et citent à l'appui de leur doctrine le verset du Coran : « Lorsque vous jouissez des femmes, donnez-leur leur salaire », et un hadith rapporté par A'tha : « Nous avons joui de la Mota', au temps du prophète et durant les Khalifats d'Abou-Bekre et d'O'mar. Après les gens l'ont défendue ». Les chiites ont adopté cette institution. En quoi, dit l'auteur, ils ont tort. Voici un hadith qui prohibe la Mota'. « Je vous avais permis (aurait dit le prophète) la Mota', puis Dieu en a défendu l'usage jusqu'à la résurrection ». Et un autre rapporté Ibn A'bbas où il est dit que le prophète avait aboli la Mota'. Certains disent que trois choses ont été abrogées deux fois : la Mota', l'usage de la viande des ânes et l'installation des portes des maisons dans la direction de la Ville Sainte de la Mecque. Quant à l'argument tiré du Coran, il est sans valeur, dit l'auteur ; car jouissance veut dire, ici, mariage, et mahr veut dire salaire selon le verset du Coran : « Epousez les femmes avec le consentement de leurs parents et donnez-leur leurs salaires. »

III. — Le Mariage temporaire ou Movvaqqat diffère du précédent, dit l'auteur, par la prononciation du mot « mariage » dans cette union et du mot « jouissance » dans la Mota'. En outre la présence des témoins et la fixation de l'époque de la dissolution sont indispensables dans le temporaire et non dans la Mota'.

Quant à la légalité de ce mariage, les Imams ne sont pas d'accord. Nous nous contentons d'y renvoyer.

IV. — **Le Mariage chighar** ou échange, consiste en ce que un homme dit à un autre : « Donnez-moi votre fille, pour épouse, et je vous donnerai ma fille pour épouse. La jouissance (1) de l'une tiendra lieu de mahr pour l'autre réciproquement. Ce mariage, dit l'auteur, est valable. Mais il faut alors donner à chaque épouse le mahr légal, parce que les futurs ont désigné pour mahr des choses, lesquelles n'étant pas des biens (dans le commerce), ne peuvent être désignés comme mahr dans le contrat de mariage. L'Imam Chaféy et l'Imam Ahmad n'admettent pas la validité de ce mariage se basant sur un hadith où le prophète aurait dit : « Il n'y a pas de Chighar dans l'Islam ». Les Hanafites au contraire, annulent la condition illicite et valident le mariage. D'autres soutiennent d'autres solutions en citant des hadith à l'appui de leur doctrine, et ainsi de suite.

Que faut-il conclure de tout ce qui précède ? pour les juristes arabes, il est inutile d'insister. Ce sont, en effet, des choses mystérieuses dont Dieu seul a la clé (Allah A'lam) (2). Nous avons vu leur attitude à l'égard de la raison ; nous n'y reviendrons pas. Quant aux auteurs européens, Allah A'lam ne satisfait pas leur curiosité scientifique ; ils veulent tout expliquer ; mais malheureusement, ils concluent, en s'appuyant sur l'autorité des traditionnistes, que ces sortes de mariage, comme les prohibitions édictées par le prophète en ce qui concerne le mariage entre proches parents, sont un legs du passé, des anciennes coutumes arabes.

1. L'auteur dit Bid' c'est-à-dire la vulve de l'une sera le mahr de l'autre réciproquement.

2. Cette expression (Allah A'lam) est fréquemment citée par les docteurs et démontre clairement combien ils sont peu sûrs de ce qu'ils racontent.

Cette méthode qui consiste à adopter les solutions les plus contradictoires ou à interpréter le Coran dans sa lettre et de dire que tout ce qu'il défend était permis (1), ou de s'appuyer sur les interprétations hypothétiques des commentateurs, nous paraît insuffisante. Il est, croyons-nous, plus logique et plus scientifique de puiser nos renseignements directement, dans le Coran et dans d'autres sources plus sûres.

A) *Les prohibitions d'unions entre proches parents.* —

Les versets 26, 27, 28. S. IV, disent ceci : « N'épousez pas les femmes qui ont été les épouses de vos pères ; ni vos mères, ni vos filles, ni vos sœurs, ni les sœurs de votre père, ni les sœurs de votre mère, ni les filles de vos pères, ni les filles de vos sœurs... » etc.

Les commentateurs affirment que ces unions existaient ; la preuve c'est que Dieu les interdit. Mais ils ne citent aucun exemple d'union de ce genre. Et même s'ils en citaient, ces exemples ne seraient que purement et simplement fabriqués (2).

Heureusement Mohammad eut l'occasion de se prononcer sur l'origine de ces prescriptions. On sait, en effet, que Mohammad se maria avec la femme de Zaïd, son fils adoptif, et comme ce mariage suscitait certaines récriminations de la part des croyants, il justifia ainsi sa conduite : « ... Zaïd répudia son épouse. Nous t'avons lié avec elle, afin que les fidèles aient la liberté d'épouser les femmes de leurs fils adoptifs, après leur répudiation... Le prophète n'est point coupable d'avoir usé d'un droit autorisé par le ciel conformément aux lois divines établies avant lui » (S. XXXIII, V. 37, 38).

Voyons ce que disent ces lois divines établies avant lui.

1. V. notamment Zamakhehary : comment. du Coran, t. I, p. 167. Cet auteur dit « que les prohibitions d'unions entre proches parents résultent de leur interdiction comme la défense de manger la viande du porc résulte de leur interdiction. Tout cela existait chez les arabes avant l'Islam. ».

2. V. notamment Baidawy, *ouv. cit.*, t. I, p. 266 et ss.

D'abord Moïse commence la série de ses prohibitions ainsi : « n'épouse ni ta mère, ni ta sœur, ni la femme de ton père, ni la fille de ton père, ni la fille de ton fils, ni la fille de ta fille, etc » (1). De leur côté les lois syriennes ne font que répéter ces prohibitions, lesquelles sont partout identiques (2). Dans toutes ces lois on ne voit nulle trace de la prohibition d'union avec la femme divorcée d'un fils adoptif, et par conséquent, Mohammad avait parfaitement raison d'invoquer ces lois. Bien mieux tous les versets coraniques relatifs à la pureté des relations conjugales ne sont que la reproduction des prescriptions bibliques (3).

Mais il reste à connaître l'origine de cette institution du mariage établie par le V. 3. S. IV : « Et si vous craignez d'être injustes à l'égard des orphelines (en les épousant), épousez les femmes qui vous plairont, deux, trois ou quatre. Et si vous craignez d'être injustes à leur égard, n'en n'épousez qu'une ou bornez-vous à vos esclaves ». C'est encore le régime adopté par les rabbins (4). Selon les rabbins, en effet, il aurait été loisible à un Hébreu d'épouser jusqu'à quatre femmes, mais en principe, une. Les rabbins s'appuient sur l'exemple du patriarche Jacob qui aurait épousé quatre femmes. Quelle que soit la valeur de l'interprétation rabbinique du mariage de Jacob, il n'en est pas moins vrai, qu'en fait, ce fut leur régime matrimonial officiel.

B) Pour ce qui est des quatre sortes de mariages que nous avons précédemment étudiés, nous rejetterons les trois derniers comme ne paraissant avoir jamais existé chez les anciens arabes et nous n'admettrons que le premier (le mariage Çahih) seulement. Voici pourquoi :

1° Ces trois sortes de mariages n'existaient nulle part

1. C. f. *Lévitique*, ch. XVIII, 2 à 20.

2. V. Bruns et Sachau, *Coutumier Syro-Rom.*, § 53, Sachaud, *Coutumier Syro-Rom.* p. 191.

3. C. f., notamment Coran, v. 222. S. II. avec *Lévit.* ch. XV.

4. Munk, *ouvr. cité*, p. 203.

chez les peuples sémites frères des Arabes : Babiloniens, Juifs, Assyriens et Syriens.

2° Ils n'existent, actuellement, nulle part chez les Arabes vivants à l'Etat nomade ou demi-sédentaire ; ni en Syrie, ni en Mésopotamie, ni en Egypte, ni en Arabie (1).

3° Ils existent, au contraire, de nos jours encore, en Perse par exemple, où à notre avis, ils ont pris naissance, et où du reste, ils sont en complète conformité avec les conceptions sociales des Perses. La communauté des femmes est de tradition constante dans ce pays, en vertu des doctrines religieuses.

4° Ces mariages sont contraires au respect immense qu'avaient les Arabes pour l'honneur de leurs femmes et au prix que ces dernières attachaient à leur vertu. Car, en somme, ces mariages ne sont que des prostitutions à prix d'argent. Les Arabes étaient très jaloux de leur honneur pour mettre leurs femmes dans le commerce.

5° N'est-il pas plus logique d'admettre que les Perses dont l'influence s'exerça pendant la période du sectarisme, ont cherché à légitimer par ces institutions les coutumes de leur propre pays ? et qu'ils ont usé du système commode des hadith pour se justifier aux yeux du public ?

Il est vrai que ces institutions ont subsisté dans un milieu arabe très important : à la Mecque où la Mata' est d'orthodoxie. Mais cela se comprend très bien. D'abord ces institutions ont été recueillies par des Imams qui leur ont imprimées un caractère religieux, tout en ayant soin d'interdire toute discussion sur leur raison d'être. En second lieu, pourquoi ces coutumes ont-elles persisté dans la ville Sainte de la Mecque seulement ? Pourquoi ne s'étaient-elles pas étendues à toute l'Arabie ?

A notre avis, le mariage çahih était le seul connu des Arabes avant l'Islam.

1. La Mecque exceptée, v. la suite.

V) Le mariage chez les Arabes avant l'Islam.

— Nous définissons donc le mariage chez les Arabes avant comme après l'Islam de la manière suivante : Le mariage est l'union de l'homme et de la femme en vue de la procréation des enfants pour la perpétuité de la race. Cette union est destinée à durer pendant toute la vie des époux sauf dans certain cas où le mari se trouve pour une raison ou une autre : stérilité ou adultère de la femme par exemple, obligé de renvoyer son épouse pour en prendre une autre. La stipulation d'un mahr n'est pas une condition essentielle pour la validité de cette union.

a) PREUVES TIRÉES DE LA TRADITION. — 1° *Avant l'Islam*. — Nous avons vu précédemment la négociation du mariage de Harith ben Aouf avec la fille d'Aus ben Tay. Or pendant toute cette discussion, on n'a jamais parlé de Mahr :

Le consentement du père et de la fille d'une part, et le consentement du futur, d'autre part, ont suffi pour parfaire le mariage. Quant à la rupture du lien conjugal, la fille d'Aus appelait les foudres du ciel sur la tête de son époux au cas où il lui ferait l'injure de la renvoyer.

2° *Après l'Islam*. — Nous avons vu aussi que chez les Anézés le seul mariage connu est celui qui consiste dans l'échange des consentements et le sacrifice d'un agneau devant témoins. Dans les tribus d'El-Rier, dit Burckhardt (1), ce sont les pères qui se chargent de négocier le mariage de leurs enfants. Sont-ils d'accord, le père du futur offre à celui de la fille une feuille verte et appelle toutes les personnes présentes à en être témoins. Chez les Arabes du Mont Sinaï la cérémonie consiste simplement en ce que le père de la fille offre à son futur gendre une branche d'arbre qu'il place dans son turban où il la conserve pendant trois jours, vou-

1. *Coll. Hist. Le monde: ouvr. cité*, t. IX, p. 295-296.

lant prouver de cette manière que c'est une vierge qu'il a épousée. Mais Burckhardt fait la remarque suivante : Si chez les Anézés le père de la future ne réclame pas le prix de sa fille (*Hak-el-Bent*) chez les Abl-el-Schémal, le père exige le Khomsé : Un tapis, un grand anneau pour le nez, une chaîne de cou en argent, des bracelets du même métal et un sac à chameau de la manufacture de tapis de Bagdad. On voit, qu'il ne s'agit pas du tout d'une vente, mais d'une branche d'arbre, d'une feuille verte, ou de Khomsé destinés au service de la jeune épouse. Mais Burckhardt nous parle du prix de la fille. Heureusement qu'il a eu soin de transcrire le mot équivalent en Arabe (*Hak-el-Bent*). Or ce mot veut dire « droit », quant au prix, il se dit *Thamen* et non *Hak*. Il est aussi à remarquer que le savant voyageur ne nous signale point l'existence d'union temporaire chez toutes ces tribus. Voici un exemple fort intéressant et qui montre combien les coutumes retournent toujours à leur point de départ.

« Les persans peuvent (actuellement), en vertu de la loi et de l'usage, épouser une femme, l'acheter ou la louer pourvu qu'ils respectent les degrés de parenté qui interdisent le mariage. La loi civile reconnaît pour également légitimes les enfants issus de ces différentes unions » (1). Mais ce sont les coutumes des Perses. Or il y a des tribus arabes en Perse. Ces tribus ne reconnaissent pour légitime que le mariage Çabih. Bien plus, la plupart n'en épousent qu'une seule femme. Les unions temporaires en usage dans les villes et les bourgs de la Perse sont en horreur aux femmes des tribus. Souvent il est arrivé que ces femmes ont frappé des mollahs qu'elles soupçonnaient d'avoir prêté leur ministère pour sanctionner ces mariages qu'elles regardent comme honteux pour leur sexe.

Gustave Le Bon raconte que chez les Arabes, notam-

1. Louis Dubeux, *op. cit.*, p. 468.

ment ceux de Houran, on voit fréquemment une fille de la maison épousée par une domestique. Il est généralement stipulé alors, que ce dernier travaillera plusieurs années sans recevoir d'autre salaire que la nourriture et le vêtement. C'est un contrat qui rappelle celui que fit Jacob pour obtenir Rachel en mariage. Les femmes s'occupent exclusivement du ménage et sont traitées avec une grande douceur. Mais leurs mœurs sont surveillées sévèrement. Lorsqu'il arrive à une jeune fille de commettre une faute, ce qui est fort rare, elle est mise à mort par ses propres parents (1).

Est-il besoin de le dire, ce traitement bienveillant comme cette sanction sévère sont communs à tous les peuples sémites ; non seulement les Bédouins mais aussi les citadins qui ont pourtant subi toutes sortes d'influences étrangères. En Syrie et au Liban, pour ne parler que de ces deux pays, il ne manque pas d'exemple de filles ou de femmes convaincues d'adultère (le terme est le même pour les unes et les autres) sont mises à mort par leurs propres parents.

b) PREUVES TIRÉES DU CORAN. — Si le mariage chez les anciens arabes était une vente, il serait étonnant que Mahommed n'y eût fait aucune allusion. En effet, quand il parle du mariage, il l'appelle *Zawadj* ou *Nikah* et appelle la contre-prestation, dot ou donation pieuse : « Les maris garderont leurs femmes avec humanité, ou les renverront avec bienfaisance. Ils ne peuvent rien retenir de leur dot » (S. II, v. 229). « Si vous répudiez vos femmes à qui vous auriez assigné une donation (pieuse), avant d'avoir eu commerce avec elles, vous leur en laisserez la moitié. Et il sera plus digne de la piété si vous leur laisserez la donation entière (S. II, v. 238) (2) » Donnez aux femmes leur dot comme

1. Le Bon, *op. cit.*, p. 364.

2. C. f. Liv, Syro-Romain, § 55 lequel contient à peu près la même disposition.

un cadeau ou comme une aumône religieuse » (S. IV, V. 23 et 24) ou un salaire prescrit par la loi divine : « Si vous épousez les filles qui sont encore sous la puissance paternelle ; épousez-les avec la permission de leurs parents et donnez-leur leur salaire comme une prescription religieuse » (S. IV, v. 29). Au contraire quand il parle de l'opération commerciale vente ; il l'appelle Baï, comme il appelle l'intérêt usure, dans le prêt à intérêt (S. II, v. 272-282).

Pour les différentes sortes de mariages, Mahommad n'en reconnaît qu'une seule, le mariage Çahih et ne parle que de celui-là seulement. Le mariage prévu par le Coran est l'union de l'homme et de la femme pour vivre en commun et de se prêter mutuellement aide et assistance ; le but en est la procréation des enfants.

Le mahr n'est pour lui qu'un cadeau qui peut ne pas exister. En d'autres termes c'est le mariage du peuple d'Israël et des peuples sémites en général, comme nous le verrons plus loin. En voici la preuve : « Hommes, craignez le Seigneur qui vous a tous créés d'une seule âme, dont il forma la femme et qui a couvert la terre de sa postérité » (1). « Dieu vous a créé des femmes formées de vous-mêmes pour que vous habitiez avec elles, et que l'amour, l'attachement et la pitié règnent entre hommes et femmes (2). » Les docteurs musulmans attribuent au prophète le hadith suivant : « Hommes et femmes : épousez-vous les uns les autres. Croissez et multipliez ». Quoique ce hadith soit la reproduction de « croissez et multipliez » de la Bible, il n'en est pas moins vrai qu'il est parfaitement conforme à la doctrine de Mahommad.

Le régime matrimonial établi par le v. 3, S. IV n'est pas, croyons-nous, un régime polygamique pur. C'est plutôt une monogamie tempérée : « Si vous craignez d'être injuste envers les orphelines. Epousez des femmes

1. Coran, S. IV, v. 1.

2. *Ibid.*, S. XXX, v. 20.

qui vous plairont deux, trois ou quatre ; et si vous craignez d'être injustes n'en prenez qu'une ou bornez-vous à vos esclaves. Cette conduite sage vous facilitera les moyens d'être justes... ». Donc pour être juste, en principe une seule femme et à la rigueur deux ou trois ou quatre.

Les jurisconsultes musulmans modernes paraissent avoir parfaitement raison de s'appuyer sur le mot « justice » pour soutenir que le mariage en droit musulman et dans l'esprit même du prophète n'est en principe, que monogamique. En effet, il s'explique encore clairement, sur ce point. Voici ce qu'il nous dit à ce propos : « Si la dureté et l'aversion du mari faisaient craindre à la femme d'être répudiée ou abandonnée. Les deux époux doivent s'efforcer de se réconcilier. La réconciliation mutuelle est le parti le plus sage. Les âmes (hommes et femmes) sont portées à l'avarice. Soyez bienfaisants, craignez le Seigneur. Dieu est le témoin de vos actions » (S. IV, v. 127). « Vous ne pourrez, malgré vos efforts, être justes à l'égard de vos femmes. Ne vous détournez pas de votre femme pour la laisser en suspens (dans un état d'incertitude), ne sachant si elle devrait être divorcée ou gardée définitivement. Reconciliez-vous, craignez le Seigneur et vous éprouverez les effets de sa clémence » (S. IV, v. 128). « S'ils se séparent (si les deux conjoints divorcent), Dieu enrichira l'un et l'autre époux. Il est sage et infini (S. IV, v. 129).

En ce qui concerne les relations pécuniaires entre époux il y a dans le Coran, un trait caractéristique qu'il n'est pas inutile de signaler. Mahommad prévoit la rupture du mariage avant la consommation et décide ainsi : « Vous ne serez soumis à aucune peine, en répudiant une femme avec qui vous n'aurez point eu commerce, ou à qui vous n'aurez point assigné de dot. Ce que vous donnez à vos femmes doit répondre à vos facultés. Le riche et le pauvre les doteront, chacun

suivant ses moyens » (S. II, v. 237). « Celui qui répudiera une femme dotée, avant d'avoir eu commerce avec elle, lui laissera la moitié de la dot ; mais du consentement des deux époux, ou de celui seul qui tient le droit de rompre le mariage, la femme peut recevoir la dot entière, ce qui est plus digne de la piété. N'oubliez pas la bienfaisance entre vous. Dieu est témoin de vos actions » (S. II, v. 238). Dans un cas analogue le Coutumier Syrien ne décide pas autrement. Nous lisons en effet, dans le paragraphe 55 la disposition suivante : « Si, n'importe quelle fille, (1) est demandée en mariage (2) et qu'elle ou un de ses parents, avait reçu du futur ou de l'un de ses parents un A'rboune (Arrhes) : une bague, une croix, ou un habit, et que le futur meurt après la célébration du mariage mais sans l'avoir consommé, ou même avant le mariage, s'il avait vu ou reçu chez lui sa future, celle-ci gardera la moitié de ce que le défunt lui aurait assigné comme mahr et même le tout s'il n'avait pas laissé d'héritiers dans sa propre famille... etc. ».

Ce texte se passe de commentaire ; dans les deux textes il y a identité de solution. Il est vrai que l'espèce prévue par le Coran est différente de celle prévue dans le Coutumier Syrien. Le premier règle le cas de la rupture du mariage avant la consommation, par le divorce, le second par la mort ; mais il est très probable qu'il en aurait été de même dans les deux cas. Le texte syrien est incomplet, en l'état actuel, le Coran ne prévoit pas l'autre cas parce que, peut-être, la question ne s'était

1. Le texte dit *Djariat*, mot qui peut vouloir dire esclave, servante ou fille. En réalité, il s'agit ici simplement d'une fille libre.

2. Le texte dit *Omlikat*, mot qui a pour racine *Malaka*, étymologiquement, s'approprier ; mais qui peut très bien s'employer pour avoir droit, n'importe quel droit sur les personnes ou sur les biens. C'est ainsi qu'on dit, cet enfant est en Molk de son père, c'est-à-dire sous la puissance paternelle ; ou bien, cet enfant m'appartient, c'est-à-dire, il est mon fils, et non pas ma propriété.

posée Mohammad n'a pas eu l'occasion de se prononcer.

La femme convaincue d'adultère n'est pas moins sévèrement punie par Mohammad que par les autres législateurs sémites. « Si quelqu'une de vos femmes a commis l'adultère, appelez quatre témoins. Si leurs témoignages se réunissent contre elle, enfermez-la dans votre maison jusqu'à ce que la mort termine sa carrière (S. IV, v. 19).

c) PREUVES TIRÉES DES LÉGISLATIONS D'AUTRES PEUPLES SÉMITES. — 1^o *Lois syriennes*. — Le livre syro-romain distingue nettement deux sortes de mariage : le mariage avec stipulation de mahr et le mariage sans stipulation de mahr (1).

1. Liv. syro-rom., § 51, texte arabe. M. Cuq, dans son excellente étude sur le mariage à Babylone, d'après les lois de Hammourabi, faisant allusion au Coutumier Syrien, soutint que ce coutumier distingue deux sortes de mariage, le mariage par écrit et le mariage sans écrit. Nous ne savons pas ce que disent les textes grecs et araméens à ce sujet; mais le texte arabe (qui est conforme en cela au texte syriaque) auquel nous nous référons, ne dit rien de tout cela. Les textes cités par M. Cuq à l'appui de sa thèse ne sont rien moins que probants. Le paragraphe 41 *bis*, d'abord, est inexistant dans le texte arabe; quant aux paragraphes 15 et 16, ils s'occupent de l'affranchissement des esclaves ou de la possibilité pour leur maître de les désigner dans son testament au nombre de ses héritiers. Par contre, le paragraphe 18 distingue nettement le mariage avec mahr et le mariage sans mahr : « Si un homme avait deux femmes, l'une mariée avec mahr et l'autre sans mahr, et qu'il a eu des enfants de chacune d'elles, notre Sunna lui permet d'instituer héritiers tous ces enfants sans exception. Seulement, il devra alors appeler les enfants nés d'un mariage sans mahr, les héritiers étrangers et non pas ses fils. Toutefois, s'il décède sans laisser de testament, les enfants de la femme mariée avec mahr seuls hériteront, les autres seront exclus. » Le texte est clair et se passe de commentaire. Il est vrai que les paragraphes 44 et 51 prévoient un écrit; mais cet écrit, outre qu'il n'est pas indispensable (§ 52), n'est qu'un moyen de constater solennellement les obligations des deux parties. Que si l'écrit à Babylone fut une condition de validité du mariage, le paragraphe 128 des lois de Hammourabi ne paraît

Le mariage avec stipulation de mahr. — Le mariage n'est possible qu'à trois conditions (1) : le consentement mutuel des futurs (s'ils sont pubères) ; l'accord sur le mahr garanti par l'homme à sa future épouse ; et la dotation de la fille par ses parents d'une somme égale à celle à elle donnée par son futur mari : argent, bétails ou autres selon l'usage du pays. Parce que dit le paragraphe 51, les deux futurs sont associés et l'apport de l'un des époux doit être égal à celui de l'autre. Toutefois la Sunna en Orient est que les parents de la fille ou son wali donne à celle-ci le double de ce que lui aurait donné son mari.

Conséquences : vocation héréditaire entre époux (2), vocation héréditaire des enfants à la succession de leur père comme à celle de leur mère (3).

Le mariage sans stipulation de mahr. — Si le mariage avec stipulation de mahr produit les conséquences ci-dessus énumérées, il n'en est pas de même du mariage

permettre aucun doute. Mais ne voit-on pas par là, une pure solennité destinée à prévenir les conflits éventuels qui pourront surgir entre les époux ? Une simple prévoyance du législateur pour garantir la paix et la tranquillité du ménage ? L'acte cité par M. Cuq en est la preuve. Cet acte explique clairement le genre de ces conflits et détermine les effets : « Un mari prend pour épouse (de second rang) une sœur de sa femme, l'acte fixe le devoir du mari envers la femme, la somme qu'il paiera en cas de répudiation, la peine encourue soit par la première femme si elle se dispute avec la seconde, soit par les deux femmes si elles renient leur mari. » Ce n'est en somme qu'une formalité d'ordre public comme on en trouve beaucoup en droit moderne, par exemple en droit français, le mariage qui n'est pas célébré devant l'officier de l'état civil est nul, avec toutefois cette différence que les effets du mariage sont déterminés avec une certaine précision par la loi moderne, tandis qu'à Babylone, c'était les parties qui fixaient librement leurs obligations réciproques.

1. Nous ne parlerons pas des autres conditions, les degrés de parenté ou autres pour éviter les détails.

2. Liv. syr.-rom., §§ 51 et 71.

3. *Ibid.*, §§ 44, 51, 73, 18.

sans mahr. Ce mariage n'a aucune valeur juridique. Non seulement les enfants issus de ce mariage ne succéderont pas à leur père en présence d'enfants nés d'une femme mariée avec mahr (5), mais encore, même s'ils étaient seuls, ils ne peuvent rien recueillir *ab intestat* de l'héritage de leur père, parce qu'ils sont étrangers, dit la loi. Par contre le père peut, par testament, les désigner au nombre de ses héritiers (6). Toutefois l'Empereur Léon modifia cette règle rigoureuse en faveur des enfants (§ 52). Puisque, l'usage dans certains pays, dit-il, est de se marier sans stipulation de mahr et sans autres formalités, cérémonies ou solennités que le consentement mutuel des futurs, nous ordonnons au Cadi de reconnaître ce genre de mariage et de le considérer comme valable, et les enfants succéderont à leur père comme les enfants issus d'un mariage avec mahr. Seulement la femme n'aura aucun droit sur la succession de son mari. N'ayant rien apporté avec elle, ni stipulé en sa faveur, quelque chose de son mari, elle n'aura rien.

Ce n'est pas ici la place de relever l'identité absolue entre le mariage Çahih des Quatre Imams, tel que nous l'avons étudié précédemment. Il y a même identité des termes et des expressions. Il suffit d'y renvoyer.

Le législateur syro-romain semble admettre un régime de monogamie tempéré par le concubinage (§§ 18, 87, 73). Toutefois les enfants de la concubine ou de la femme mariée sans mahr resteront toujours étrangers à leur père. Mais celui-ci peut les relever de cette situation désavantageuse en les reconnaissant dans son testament. La femme n'est pas vendue, ou contraire, elle est l'égale, l'associée de son mari; elle a la pleine capacité juridique; et pourtant le mahr est indispensable pour que le mariage produise toutes ses conséquences naturelles. Exceptionnellement le mariage sans mahr est toléré pour relever les enfants de leur incapacité succes-

1. *Ibid.*, §§ 18, 73, etc.

2. *Ibid.*, §§ 17-18.

sorale à cause de l'usage dans certains pays d'Orient.

Quant au but du mariage, c'est toujours la procréation pour la perpétuité de la race. Les dispositions légales relatives au divorce ne laissent pas de doute sur ce point (§§ 82, 85). En tout cas, l'homme doit être plein d'amabilité et de bienveillance à l'égard de sa femme, il doit l'aider, lui laisser quelque chose par testament et surtout s'abstenir de la frapper sinon, dans ce dernier cas, elle pourra demander et obtenir le divorce à son avantage. La femme, de son côté, doit respect et obéissance à son mari, etc...

L'adultère de la femme comme la faute de la vierge est punie de mort. Celui qui viole une vierge ou une veuve subira la peine capitale (§ 62), etc.

2° *Lois assyriennes*. — Les lois assyriennes distinguent deux sortes de mariage : le mariage où la femme demeure chez son mari, et le mariage où elle habite sous le toit paternel. Mais dans l'un comme dans l'autre cas, le mariage est précédé des fiançailles qui consistent, à peu près en ceci : le fiancé verse du parfum sur la tête de sa fiancée et lui offre des gâteaux, bijoux ? (43), des parures (*Domaki*) (34, 39) et une valeur appelée *tirhatu* ; il offre aussi au père de sa fiancée un cadeau en argent, blé, moutons ou autres objets mobiliers (*biblu, zubullu*) (31). Quant à la fiancée, elle apporte, elle aussi, un *širku* (30) de chez son père. Par contre le père de son fiancé lui offre un *biblu* (objets mobiliers) (30). La cérémonie terminée et l'accord de volonté établi, le mariage est parfait.

On le voit il ne s'agit que des cadeaux offerts de part et d'autre pour aider les futurs à s'établir ou pour toute autre raison. La femme n'est point vendue, bien au contraire, elle-même est capable de devenir propriétaire. La preuve, c'est que si son mari la répudie elle gardera son *širku* : tout ce que de chez son père elle a apporté, et le *biblu* à elle donné par son beau-père (30). Elle gardera aussi la *tirhatu* : cela est garanti à la femme,

dit la loi (39). Bien plus le mari devait lui laisser par testament, une partie de ses biens pour subvenir à ses besoins, sinon les fils du défunt devront la nourrir et la traiter comme une fiancée bien-aimée (47). Dans le cas où son mari décède sans laisser d'enfants, sa veuve gardera le *Domaki*. L'article 36 va même plus loin; il établit la réciprocité de traitement entre mari et femme, au point de vue pécuniaire : « Si une femme veuve entre dans la maison de quelqu'un (se marie), tout ce qu'elle apporte, tout est à son mari; et si un homme entre chez une femme (l'épouse), tout ce qu'il apportera, tout est à la femme.

La femme avait, comme en Syrie, le droit de disposer de ses biens en toute liberté : c'est ainsi qu'en l'an 692 avant Jésus-Christ, Amat Soula, femme de Bêl-Douri, propriétaire avec deux hommes d'une maison indivise dans la ville de Ninive, la vend sans l'intervention de son mari (1).

En Assyrie, comme en Syrie, le régime conjugal est une monogamie tempérée par le concubinage. A côté de la femme légitime l'homme peut avoir une ou plusieurs concubines (*ésirtu*) (2). Celui qui par violence commet l'adultère contre une femme est puni de mort. La femme convaincue d'avoir trompé son mari, subit elle aussi, la peine capitale. Si le mari surprend sa femme dans les bras d'un autre, il pourra les tuer tous les deux.

3° *Lois babyloniennes* (3). — Le mariage d'après les

1. Cf. Delaporte, *la Mésopotamie*, p. 314. Paris, 1923. L'auteur cite plusieurs exemples de la capacité juridique de la femme.

2. Il est à remarquer que l'*ésirtu* n'est autre que le sirryat des Arabes et des sultans turcs.

3. Nous n'avons pas la prétention d'étudier ici toutes les lois babyloniennes, ce qui sera hors du cadre de cet ouvrage. Nous nous contentons d'examiner sommairement, les lois de Hammourabi et seulement pour ce qui concerne exclusivement notre sujet. Pour plus de détails v. Delaporte : *ouv. cité*, p. 79 et ss.; M. Cug, *le Mariage à Babylone d'après les lois de Hammourabi*, Paris, 1905.

lois de Hammomrabi ressemble beaucoup aux deux mariages syriens combinés, ou plutôt au mariage chez les Arabes en général, anciens ou modernes. C'est, en somme, l'union de l'homme et de la femme en vue de la procréation ; et au point de vue pécuniaire, c'est une société entre époux. Le mariage peut avoir lieu sans aucune espèce de dotatioⁿ, ni de la part des futurs, ni de la part de leurs parents. Les différentes dotations qui parfois auraient pu avoir lieu ne sont que des cadeaux ou des arrhes ou bien encore des apports à la communauté entre époux ; dont les uns sont destinés à subvenir aux charges du mariage, comme la *cheriq^{tou}* (Djihaz des Syriens) (1), apportée par la femme de la maison de son père et qu'elle reprendra sous certaines conditions en cas de prédécès de son mari (§§ 163-172), ou en cas de répudiation injustifiée (§§ 137, 138, 142) ; les autres à servir de garantie contre la rupture des fiançailles ; c'est le cas du *biblou* et de la *tirhatu*, qui jouent absolument, le même rôle que le *A'r^{boune}* chez les Syriens (2). Le *biblou* et la *tirhatu* (3) ne sont pas à proprement parler de purs cadeaux offerts par le fiancé à son futur beau-père et destinés à rester entre les mains de celui-ci. Mais ce sont plutôt, des objets de parure, des présents offerts à la fiancée par l'intermédiaire de son père ou de celui qui a présidé à la négociation de ses fiançailles (son *ouali* par exemple). Si le mariage a lieu, ces objets resteront à la femme ; ils retourneront à son mari si celui-ci refuse de les lui laisser. Voici ce que dit la loi : « Si un homme a fait apporter du *biblou* dans la maison de son beau-père, a donné la *tirhatu*, s'il tourne les yeux vers une autre femme, et dit à son

1. Cf. *Liv. Syro-Rom.*, §§ 44, 51, 68, 71, etc.

2. Cf., *ibid.*, §§ 55, 56.

3. Le mot *tirhatu* correspond exactement à ce que les vulgaires appellent en arabe *Tarhat* : un vêtement, généralement en soie, que le fiancé offre à sa fiancée. Il le dépose ordinairement, avec d'autres présents au père de la fille ou à son *ouali* ou *ouassi*.

beau-père : je n'épouserai pas ta fille, le père de la fille gardera tout ce qui lui a été apporté (§ 159). Si la rupture est causée par la faute du père de la fille, il donnera au fiancé le double et tout ce qui lui a été apporté (§ 160). Si la femme décède sans avoir laissé d'enfants, sa *cheriqtou* retourne à la maison paternelle, déduction faite de la *tirhatu* que le mari avait donné à son beau-père et que celui-ci n'a pas rendu (§ 163-164) (1). La loi syrienne n'en décide pas autrement : le A'rbonne ou Khetouba, consiste en ce que le fiancé offre à sa fiancée ou à ses parents une bague ou une croix ou un vêtement (2) ou de l'argent (3). Si le fiancé veut rompre les fiançailles, il perdra l'A'bonne et tout ce qu'il avait donné à la jeune fille. Si au contraire ce sont les parents de la fille qui ont décidé la rupture, ils devront rendre au fiancé le double de l'A'rbonne et en plus tout ce que le fiancé avait donné à la famille (comme cadeaux de générosité dit le § 56).

Le *noudounnou* est, croyons-nous, le pendant de la *cheriqtou* (4) c'est-à-dire, l'apport du mari pour subvenir aux charges du ménage et non pas une donation entre époux comme le texte semble le dire, (5) c'est plutôt le

1. Nous empruntons ces lois au Recueil du p. Scheil : *Recueil des lois de Hammourahi*, Paris, 1904.

2. Liv. Syro-Rom., § 55.

3. *Ibid.*, § 56.

4. Le mot *cheriqtou* veut dire en arabe associée (*cheriqatoho*, dans la langue littéraire, et dans la langue vulgaire *cheriqtou*.

5. L'étude des lois de Hammourabi a soulevé parmi les juristes une controverse très intéressante sur le caractère juridique du mariage à Babylone et sur la nature des dations auxquelles le mariage donne lieu. Pour ce qui est du mariage les uns ont soutenu que ce fut un mariage par achat, les autres ont conclu, avec beaucoup de raison, croyons-nous, dans un sens contraire (a).

Quoique le mariage à Babylone semble être hors du cadre de notre étude, nous croyons utile de justifier à notre attitude à l'égard du caractère de ce mariage comme des dations qu'il occasionne. D'autant plus que toute notre étude sur la succession en

mahr des Syriens. Il joue, en effet, le même rôle que le *mahr* du mariage syrien. Mais, nous l'avons vu, le mariage en Syrie pouvait avoir lieu sans *mahr*, il en est de même à Babylone où le *noudounnou* n'a aucun caractère obligatoire (§ 172). Avec toutefois cette différence secondaire, qu'à Babylone, si la femme avait apporté une *cheriqtou* et que son mari ne lui avait pas assigné un *noudounnou*, elle prendra, dit le paragraphe 172,

Droit musulman, dépend de la conception qu'on s'y fait du caractère du mariage comme de la nature de ces dations, chez les Arabes comme chez les peuples sémites ; lesquels, à quelques détails près, sont partout identiques. Pour ne pas répéter ce que nous avons dit précédemment sur le mariage, nous nous contentons d'y renvoyer, et nous examinerons, ici, la nature de l'une des quatre dations prévus par la loi à propos du mariage : le *noudounnou*.

Tous les juristes sont d'accord pour distinguer les dations qui précèdent le mariage : le *billou* (*b*), la *tirhatu* (*c*) et la *cheriqtou* ; de la dation faite, d'après eux, durant le mariage : le *noudounnou*. Cette distinction d'avant et d'après le mariage est inexacte et sans fondement. Nous croyons, pour notre part ; que toutes les quatre précèdent le mariage ; et que le *noudounnou* n'est autre chose que l'apport du mari à la Communauté conjugale et qui constitue la contre-partie de la *cheriqtou* apportée par la femme ; tout comme le *mahr* est la contre-partie du *Djihaz* syrien. En voici la preuve :

Le paragraphe 150 relatif à ce *noudounnou* suppose nettement que cette dation est faite à l'occasion du mariage. Ce texte s'exprime ainsi : « Si un homme a donné en *noudounnou* à son épouse, champs, vergers etc.) en *noudounnou* ne peut pas s'expliquer autrement qu'en dation faite au moment du mariage. D'abord, tous les effets relatifs à la destination du *noudounnou*, qui découlent de la dissolution du mariage, soit par la répudiation, soit par le décès du mari, sont, à quelques détails près, ceux du *mahr* dans le coutumier syrien. D'autre part, si c'était une donation entre époux, pourquoi l'appelle-t-on *noudounnou* et non pas *cadeau* comme le fait le paragraphe 165 à propos d'un don ; champs, vergers, maison, que fait un père à son fils ? C'est tout simplement parce que cette dation est faite à l'occasion du mariage que la loi lui donne un nom spécial : *noudounnou*. Il est vrai que le texte dit *donné, épouse* ; mais il ne faut pas se méprendre sur la portée de ces termes. Voici pourquoi. Tout le

une part d'enfant de la fortune mobilière du mari, ce qui correspond exactement au *mahr légal* des Imams musulmans et au cas prévu par le paragraphe 83 du livre Syro-Romain.

Le *noudounnou* est donc une dation faite lors du mariage par l'homme à la femme et destiné à entrer dans la communauté. Il a pour objet un champ, un verger,

monde admet que le *biblou*, la *tirhatu* et la *cheriqtou* précèdent le mariage, et pourtant les textes (§§ 159 à 161) s'expriment de la même façon à propos de ces trois dations qu'à propos du *noudounnou* : « Si un homme a apporté du *biblou* dans la maison de son *beau-père*, a *donné* de la *tirhatou* et dit à son *beau-père*, je n'épouserai pas ta fille, le père de la fille gardera tout ce qui lui a été apporté. » Il parle d'un *beau-père* qui ne l'est pas encore. Le terme *donné* veut dire ici remettre et non pas faire une donation (libéralité). Cela n'est pas une simple question de mots. Pour juger les orientaux il faut se mettre dans leur peau. La technique juridique moderne avec sa grande précision, fut toujours inconnue en Orient. Voici des passages du coutumier syrien où l'on traite une fille libre qui n'est même pas encore fiancée, mais en période de négociation des fiançailles, de femme, d'épouse, de fille, de Djariat (terme qui peut bien s'appliquer à une esclave, à une servante comme à une femme libre) (§§ 44, 51, 52, 55, 75, etc.). Ces mêmes textes emploient le terme *A'tha* (*donner, remettre*) pour désigner à la fois, le *cadeau*, les *vêtements*, la *croix*, la *bague des fiançailles* offerts par le futur à sa fiancée, et le *marh* qui n'est, en somme, que l'apport du mari à la communauté conjugale. De plus et cela est décisif, le paragraphe 172 (loi de Hammourabi) prévoit le cas où le mari n'avait pas assigné un *noudounnou* à sa femme. *Celle-ci survivante a le droit de prendre de la fortune mobilière du mari une part d'enfant*. Si le *noudounnou* était une donation entre époux, on ne comprendrait plus alors cette corrélation que la loi établit entre l'existence ou l'absence d'un *noudounnou*. Car rien ne nous permet d'admettre que les donations à Babylone, comme ailleurs, fussent obligatoires ou remplacées au besoin par une part de la succession *ab intestat* du défunt.

a) M. Cuq, *ouv. cité*. Notre éminent professeur examina cette controverse en exposant le pour et le contre, et conclut à ce que le mariage à Babylone ne pouvait pas être un mariage par achat.

b) Objets mobiliers : bague, argent ou autres.

c) Vêtements, étoffes, etc.

une maison ou tout autre bien. En cas de prédécès du mari, la veuve gardera le noudounnou tant qu'elle restera dans la maison de son mari (§ 171) ; mais elle ne peut en disposer au préjudice de ses enfants (§ 150), elle a seulement la faculté de l'attribuer à l'un d'eux. En Syrie, à quelques détails près, c'est la même situation, Si le mari prédécède, la femme prend le mahr, si elle a ou elle n'a pas d'enfants. Seulement elle ne peut en disposer par testament au préjudice de ses enfants, ni au préjudice de son père ou de son grand-père (paternel) (1). L'adultère est aussi punie de mort (§ 129). L'homme, qui par violence commet l'adultère à l'encontre d'une femme ou viole une vierge subit la même peine (§§ 130, 131).

4° *Coutumes juives* (2). — Le mariage chez le peuple d'Israël a toujours eu pour but principal la postérité. C'était un grand malheur pour un juif que de n'avoir pas d'enfants. La monogamie est de principe comme de tradition et si la polygamie fut tolérée, c'étaient simplement pour avoir des enfants. Que l'homme, dit la Génèse (2,24) abandonne son père et sa mère et s'attache à sa femme (et non pas à ses femmes) et qu'ils deviennent une seule chair. Il est vrai que le mariage a lieu, le plus souvent, avec stipulation ou paiement d'un *mohar* que les savants traduisent par prix d'achat. Mais faut-il encore le répéter, le mohar, pas plus chez les juifs que chez tous les peuples sémites, n'est pas le prix d'achat de la femme. C'est un palliatif aux droits exorbitants du mari qui pouvait répudier sa femme lorsqu'il voudrait. Celle-ci réduite à rentrer chez ses parents pour y passer les restes de ses jours, il est tout

1. Cf. Liv. Syro-Rom., §§ 44, 51, 68, 71.

2. Cf. Munk : *ouv. cité.* p. 203 et ss. : L'auteur commet la même erreur que tous les savants et considère le mariage juif comme un pur mariage par achat et le mohar par conséquent en constitue le prix d'achat. Ce qui est inexact.

3. *Ibid.*, p. 207 et la note n° 1.

naturel que l'homme qui lui a fait cette injure, répare le préjudice, du moins moral, qu'il lui cause. En outre la femme juive n'était pas une marchandise, au contraire, elle avait la pleine capacité juridique. Elle pouvait notamment succéder à ses parents. Il est vrai qu'elle ne vient à la succession qu'à défaut des fils, mais elle hérite, tout de même, voilà l'essentiel. Une personne ne peut pas être à la fois, titulaire et objet d'un même droit (*de propriété*). Orpheline ou veuve elle pouvait recevoir des biens par testament ou de toute autre manière. Si c'était son père ou ses frères qui recevaient le mohar, cela se comprend très bien dans un milieu où la sécurité, pour les biens comme pour les personnes, ne pouvait exister que du côté de la force. Les patriarches vivaient, comme les nomades Arabes de nos jours, fortement organisés pour lutter avantageusement contre les pillages et les razzias des tribus voisines. La femme étant physiquement incapable de se défendre, il est tout naturel qu'elle cherche un refuge dans sa famille.

5° Enfin, logiquement parlant, de deux choses l'une : ou bien le mohar était payé au père de la fille et alors les héritiers du mari sont malvenus pour le réclamer dans la succession de leur mère ou dans la succession de leur grand-père maternel ; ou bien il était attribué et remis à la femme, et alors, on comprend mal cette singulière vente qui consiste en ce que le père, le frère, le ouali, etc., jouent le rôle du *vendeur* et que c'est la femme *vendue* qui touche le prix et le transmet à ses héritiers par voie de succession. De plus si c'était vraiment une vente, comment expliquer alors que partout, chez tous les peuples sémites, le mariage *vente* peut avoir lieu sans *mohar*, sans *noudounnou*, sans *domaki* etc. etc., c'est-à-dire sans un prix d'achat ? Ou bien, comment expliquer ce singulier prix d'achat qui peut consister en une feuille verte, en une branche d'arbre ou d'arbrisseau ?

Il faut toutefois remarquer que, chez les Anciens

Arabes, le mari pouvait, non seulement, répudier sa femme lorsqu'il le voulait, mais encore, il pouvait, au moment de la répudiation, lui imposer le célibat, par vengeance ou par cupidité. Voici un exemple de cet usage, tiré de la tradition et qui remonte à l'an 60 de l'hégire (1).

Newar, fille d'Ayan, fils de Sà'sà, était cousine germaine de Farazdak (2). Elle avait perdu son père lorsqu'elle fut demandée en mariage par un jeune homme de la famille de Béni-Abd-Allah ben Darem. Trouvant à son gré celui qui la recherchait, elle pria son cousin de conclure pour elle ce mariage. Farazdak ne voulut remplir en cette circonstance les fonctions de tuteur qu'à une condition : il exigea que Newar commencerait par jurer qu'elle accepterait pour époux celui qu'il lui donnerait. Newar ayant fait ce serment en présence de témoins, les deux familles furent invitées à la cérémonie du mariage. Les parents du prétendu, qui, suivant certains auteurs, avait chargé Farazdak de sa procuration, vinrent en si grand nombre qu'ils remplissaient la mosquée de Béni-Medjaché à Bassorah, que Farazdak habitait alors. Quand tout le monde fut réuni, Farazdak s'avança et prit la parole : « Vous tous qui êtes ici présents, dit-il, vous savez que Nerwa s'est engagée par serment à agréer le choix que je ferais pour elle, soyez donc témoins de ce choix. Le mari que je lui donne, c'est moi-même. Je mérite mieux que personne le titre de son époux. Je lui destine pour présent de noces cent chamelles au poil roux et aux prunelles noires. »

Newar, indignée de cette supercherie, voulait faire rompre ce mariage, mais elle ne trouva pas de Cadi

1. V. Devergers, *ouv. cité.* p. 302 à 305. Nous reproduisons à peu près *in extenso*, cette tradition, parce qu'elle nous fournira le moyen de comprendre certaines déficiences dans les interprétations des docteurs musulmans en matière de succession.

2. Grand poète arabe.

dans Bassorah qui consentit à prononcer le divorce entre elle et Farazdak, parce qu'aucune des personnes qui auraient pu attester qu'elle avait été trompée, n'osait rendre ce témoignage. La crainte de devenir l'objet des satires du poète, leur fermait la bouche. Afin de se soustraire aux yeux de son époux, Newar se réfugia chez Béni Caïs ben A'cem. Farazdak se vengea de la protection que cette famille accordait à sa femme en composant quelques vers si mordants contre Béni Caïs, que ceux-ci le menacèrent de le tuer, s'il y ajoutait un seul mot. Il cessa de s'attaquer à eux ; mais il avait atteint son but, car Newar fut obligée de quitter cet asile. Elle en chercha un nouveau dans une autre famille, du sein de laquelle, il la fit sortir par le même moyen... Enfin elle réussit à s'échapper à La Mecque où elle trouva un refuge inviolable chez Abd Allah ben Zobaïr, Khalife de La Mecque. Farazdak la poursuivit encore dans ce dernier asile et réussit à faire sanctionner son mariage par le Khalife ; mais au prix d'un nouveau cadeau de dix mille dirhams donnés par Farazdak à Newar sur l'ordre du Khalife... Ils quittèrent la Mecque pour retourner à Bassorah. Ils voyageaient tous deux sur un même chameau dans un mahmel... Pendant la route, Newar ne cessait de quereller son mari... Farazdak, indigné de cette obstination, prit, en chemin, une seconde femme : une chrétienne nommée Hadra de la famille de Khaled, à laquelle Farazdak donna cent chameaux pour présent de noces. Ce mariage ne fit qu'alimenter le feu de discorde entre les deux époux... Enfin querelles et prières, Newar mettait tout en œuvre pour amener Farazdak à lui rendre la liberté ; elle obtint qu'il la répudierait ; mais il voulut qu'elle s'engageât *à ne point s'éloigner de lui, à ne point prendre d'autre logement que sa maison, à ne pas contracter de nouveau mariage et à lui laisser la gestion de ses biens.* Newar consentit à tout ; elle exigea seulement que Farazdak prononce la répudiation devant Hasan-el-

Basry, Cadi de Bassorah, et de nombreux témoins. La répudiation eut enfin lieu d'une façon solennelle, etc...

Cette tradition concorde parfaitement avec ce que nous lisons dans le Coran à propos de ces abus : « La répudiation n'aura lieu que deux fois. Les maris garderont leurs femmes avec humanité, ou les renverront avec bienfaisance (cadeau). *Ils ne peuvent rien retenir de leur dot* » (S. II, v. 229). « Lorsque vous aurez répudié une femme, et que le temps de la renvoyer sera venu, gardez-la avec humanité ou renvoyez-la avec bienfaisance. *Ne la retenez point par force, de peur d'être prévaricateurs* » (S. II, v. 231). « Lorsque vous aurez répudié vos femmes et que celles-ci auraient attendu le temps marqué, *ne les retenez pas pour les empêcher de se marier avec d'autres...* » (S. II, v. 232). « O croyants ! *il ne vous est pas permis d'hériter de vos femmes*, contre leur volonté, ni de les empêcher de se marier (lorsque vous les avez répudiées) afin de leur ravir une partie de ce que vous leur avez donné... » (S. IV, v. 23) (1). « Si vous répudiez une femme à qui vous avez donné une dot considérable, pour prendre une autre, laissez-lui la dot entière, si vous retenez quelque chose vous commettrez un crime impardonnable. Voudriez-vous lui arracher injustement, ce sur

1. « Ya ayyouha alladhina aamanou la yhillou laqom an *tarithou* annisa'a qorhane » : M. Savary traduit ce verset ainsi et nous croyons cette traduction parfaitement exacte ; parce que la racine Waratha (hériter) est un verbe actif qui n'a pas besoin d'une particule pour porter son action sur son complément, et nous disons, en arabe, le fils hérite son père ou le père hérite son fils, exactement comme on dit en français : Le fils hérite de son père ou le père hérite de son fils. Du reste Mohammad emploie les mêmes termes pour le cas de vocation héréditaire entre frères et sœurs : « Ouain qana rajolone *yourathou* qalalatane aou imraatone oua lahou akhone aou okhtone faligolli whadin minhoma assodse » (S. II, v. 15) «... In mrouone halaka laisa lahou wala-done oua lahou okhtone falaha nisfou ma tarak oua houa yarithoha, »

quoi vous êtes tombés d'accord et l'avez sanctionné par un engagement solennel ? » (S. IV, v. 24).

Il est tout naturel que Mohammad sévît contre ces abus, au nom de Dieu et de l'humanité. Mais ce n'est pas ainsi, semble-t-il, que les commentateurs du Coran comprennent ces versets, notamment les v. 23 et 24 de la S. IV : « L'homme dans la Dyahilyyah, dit Baïdawy, qui meurt laissant un héritier A'çeb (1). Celui-ci jetait son manteau sur la veuve de son auteur, en disant : « j'ai plus de droit sur elle que quiconque ». Et s'il le voulait, il se mariait avec elle sans lui payer un nouveau mahr (le mahr payé par le défunt étant suffisant) ou s'il le voulait, il la mariait à un autre en se faisant attribuer sa dot ; ou bien il la retenait chez lui et l'empêchait de se marier (ou de se remarier), afin qu'il puisse lui ravir ce qu'elle avait hérité de son mari décédé. Le prophète condamna cet usage. Et on dit aussi que cela veut dire, qu'il ne vous est pas permis de recueillir la femme comme un objet de la succession du défunt, ou de la donner en mariage malgré elle... etc... On dit aussi (ajoute le même auteur) que les maris retenaient leurs femmes (après la répudiation) non pas par amitié, ou parce qu'ils en avaient besoin mais plutôt pour hériter d'elles ou de s'emparer de leur mahr. Et on dit... etc. » (2). Dans son commentaire sur le verset 232, S. II, il répète, avec ses « on dit » habituels, que les maris ou les héritiers retenaient les femmes et les empêchaient de se marier « ou de se remarier » pour leur ravir leurs biens ou leurs mahrs (3).

De son côté Zamakhchary interprète les v. 23 et 24 de la S. IV, ainsi : « ... c'est-à-dire, il ne vous est pas permis de recueillir les femmes par voie d'héritage comme on recueille les successions, si elles ne voulaient pas ou

1. Fils, père, frère, etc.

2. Baïdawy, *ouv. cité*, t. I, p. 265.

3. *Ibid.*, t. I, p. 161 et 162. V. aussi à la même page son commentaire sur le verset 231, s. II.

malgré leur volonté (1). Et on dit, que l'homme retenait la femme malgré elle, jusqu'à sa mort pour s'emparer de son héritage. L'homme retenait sa femme par la force et par la violence pour lui ravir les biens qu'elle possédait... etc. » (2).

Que peut-on conclure de ces explications hypothétiques et contradictoires, où la femme est tantôt un objet du patrimoine de son mari, tantôt une personne juridique ayant droit à la succession de son mari et la propriété exclusive de son mahr? Je le répète ces juristes ont systématiquement écarté la raison et partant, la logique. L'homme qui voudrait raisonner ne peut pas les prendre au sérieux. Du reste nous aurons l'occasion de voir que ces mêmes auteurs, tout en niant la vocation héréditaire des femmes et des enfants en bas âge, reconnaissent que ces personnes héritaient au contraire de leurs parents et ils en citent des hadith dans les deux sens. Ce qu'il faut prendre en considération, croyons-nous, ce sont les paroles de Mohammad lui-même. Elles sont claires, nettes, précises et conformes, nous l'avons vu, à la tradition. Les maris auraient eu le droit d'imposer à leurs femmes, lors de la répudiation, le célibat, pour s'emparer de leurs biens ou pour toute autre raison. Cet usage est resté constant dans les mœurs des Bédouins, malgré la prohibition formelle du Coran. Nous le retrouvons encore au XIX^e siècle en application chez les tribus nomades ou demi-sédentaires. Pour s'en convaincre, il suffit de lire ce que nous raconte Burekhardt des coutumes des tribus qu'il a eu l'occasion de visiter ; «... l'épouse a-t-elle trop à souffrir sous la tente de son mari, se sauve chez son père ou chez l'un de ses parents. L'Arabe, s'il veut faire rentrer sa compagne dans le domicile conjugal, s'engage à lui donner de beaux vêtements, des anneaux pour le nez ou des tapis. Mais

1. Nous le traduisons textuellement pour conserver le sens exact de l'interprétation.

2. Cf. Zamakhahary, *Comment. du Coran*, t. I, p. 162.

si elle persévère dans son refus, il ne peut la forcer à retourner chez lui ; *seulement il ne consent pas à prononcer la formule sacramentelle de la répudiation, ou, si l'on aime mieux, du divorce (ent talek) ; la femme ne peut alors se remarier, et on la désigne sous le nom de la t'a mehha »* (1).

Il est à remarquer cependant que ce droit exorbitant n'existe plus ni en Syrie, ni en Egypte, ni en Turquie. Il n'est même pas reconnu par les quatre Imams, du moins sous ce caractère. Actuellement, dans ces pays, non seulement la stipulation du célibat est nulle mais encore la femme a le droit dans certains cas de demander le divorce et d'obtenir ainsi la rupture du mariage malgré l'obstination du mari. Mais pourquoi donc a-t-il disparu dans ces pays et a-t-il persisté chez les Bédouins ? La réponse est, croyons-nous, bien simple ; les juristes ont trouvé la solution dans les coutumes syriennes, et ils l'ont adoptée. Nous savons, en effet, que la femme, en Syrie, longtemps avant l'Islam, une fois répudiée, pouvait tout de suite contracter légitimement un nouveau mariage ; mais elle devait attendre l'expiration du délai de viduité, dit la loi, à peine de subir le blâme public et de perdre le droit de succéder à son mari ou de profiter du legs à elle fait par celui-ci en cas de décès (2). Le paragraphe 85 dit notamment : « La femme (disons la veuve) qui se remarie avant l'expiration de dix mois à partir du décès de son mari, subira la honte et sera exclue de la succession *ab intestat* du défunt, et on lui enlèvera les biens à elle laissés par celui-ci dans son testament ou les biens waqf qu'il lui aurait destinés ». Au reste, voici un exemple qui montre d'une façon éclatante, combien les coutumes syriennes sont, de bonne heure, entrées dans les mœurs des Bédouins venus du désert. On sait, cela est admis par tout le monde, que les enfants, chez les Arabes,

1. *Coll. Hist. : Le Monde*, t. IX, p. 296.

2. Cf. *Liv. syro. Rom.*, §§ 44, 51, 59, 66, 83, 87, etc.

appartenaient à leur père ; la mère une fois répudiée par son mari, ne pouvait prétendre garder l'un quelconque des enfants (fils ou filles) qui lui sont nés de son mariage. Or, en Syrie, il n'en était rien. Il est vrai qu'en Syrie comme dans tous les pays sémites, les maris gardaient les enfants, mais la loi fait une exception : « Si une femme mariée et ayant des enfants veut se séparer (divorcer) de son mari, avec ou sans justes motifs, elle a le droit de prendre un de ses enfants pour l'élever, l'entretenir et l'instruire, mais à condition qu'elle déclare que cet enfant est un enfant naturel ou qu'elle l'a eu à l'occasion d'un rapt ou d'un mariage contracté sans l'autorisation de ses parents... etc. » (§ 83). Voici une application de cette exception faite par Moa'wia, à l'époque de son Khalifat en Syrie, quoiqu'il s'agit en l'espèce d'un enfant (fils) légitime né d'un mariage valablement contracté :

« Abou Ahmad Dhouàly (1) répudia sa femme et prétendit garder l'enfant né de cette union qu'il vient de briser. Un jour qu'il était en audience chez le Khalife, la répudiée vint se plaindre à celui-ci et lui tint ce langage : « O Commandeur des Croyants ! s'écria-t-elle, cet homme (son ex-mari), m'a fait l'injure de me renvoyer et il prétend garder mon enfant, lequel je refuse absolument de lui laisser. J'ai plus que lui de droit sur cet enfant. C'est moi qui l'ai porté un an dans mon sein, période de la gestation, et allaité pendant deux ans ; et souffert le martyre pour l'avoir ; quant à lui (son ex-mari) il n'a fait qu'un acte de plaisir charnel. Je réclame donc qu'on me laisse le garçon. Le Khalife, convaincu par cette argumentation, répondit : « Femme ! tu as bien plaidé ta cause. Tu as parfaitement raison : Garde l'enfant ». Et il interdit à Abi Ahmad de le lui disputer (2). »

1. D'après les historiens arabes, Abou Ahmad Douàly est le premier qui a établi les règles de la grammaire arabe. Ce qui est une erreur. Il était l'un des confidents intimes de Moa'wia

2. Abi el-Fadl Ahmad ben Taher el-Bagdady : *ouv. cité*, p. 53.

PREMIÈRE PARTIE

LA SUCCESSION « AB INTESTAT » CHEZ LES ARABES AVANT L'ISLAM

La succession est aujourd'hui, comme de tout temps, la transmission du patrimoine d'une personne décédée à une ou plusieurs personnes encore vivantes. Ce patrimoine comprend suivant les époques et l'état de la civilisation, des biens meubles ou immeubles, des esclaves ou toutes autres choses.

La première question qui se pose à propos de la succession chez les arabes d'avant l'Islam, est celle-ci : La femme faisait-elle partie du patrimoine de son mari et partant se transmettait-elle aux héritiers du défunt par dévolution successorale ? Les commentateurs du Coran, suivis en cela par les juristes accidentaux, inclinent vers l'affirmative. La femme avant Mohammad, dit notamment M. Marçais, *était sûrement vendue et partant devint un objet de la succession du défunt* (1). L'éminent arabisant se base sur les Commentateurs du Coran et cite à l'appui de sa doctrine certains faits racontés, soit par ceux-ci, soit par d'autres traditionnistes arabes. Pour nous, cette doctrine est inexacte, et nous préférons suivre ces commentateurs de plus près pour voir comment ils sont arrivés à cette conclusion.

Nous avons vu précédemment le commentaire de Baïdawy sur les v. 23 et 24 de la S. IV. Voici encore

1. V. M. Marçais : *ouv. cité*, p. 17-18.

une autre interprétation du même auteur du v. 8 S. IV, nous la transcrivons textuellement: « Les hommes et les femmes doivent avoir une portion des richesses que leur ont laissées leurs père et mère (1) et leurs proches. Portion prescrite par la loi, soit que l'héritage soit considérable, ou de peu de valeur » Baïdawwy, après une longue interprétation grammaticale, cite le hadith suivant: « Aous ben Samet El Ansary décéda laissant sa femme Oum Cohhat et trois filles. Les cousins germains du défunt: Sawid et A'rfatha ou Catédât et A'rfadja (il n'est pas très sûr) s'emparèrent de l'héritage, en écartant la femme et les filles, selon la coutume dans la Djahilyyah, parce qu'en ce temps-là, on n'accordait aucun droit héréditaire, ni aux femmes, ni aux enfants en bas âge. Ils disaient que, seul peut hériter, qui prend part à la guerre et défend la famille contre les pillages (2) etc., etc.

Donc les femmes comme les enfants en bas âge n'avaient aucun droit à l'héritage du mari ou du père décédé. Pourtant nous l'avons vu, Baïdawwy reconnaît à la femme dans le Djahilyyah le droit d'hériter de son mari prédécédé (3) puis cet auteur affirme catégoriquement, dans son commentaire sur le verset 126, S. IV, que les femmes et les enfants en bas âge n'héritaient pas. Ce verset dit ceci: « Ils te consulteront au sujet des femmes. Dis-leur: Dieu vous apprendra vos devoirs à leur égard et les préceptes que vous lisez dans le Coran aux sujets des orphelines à qui vous ne donnez pas ce que la loi leur attribue, et que vous refusez d'épouser. Il vous instruira en ce qui concerne les enfants en bas âge, afin que vous les traitiez avec équité ». Baïdawwy

1. Ce v. dit *Alwalidane* c'est-à-dire le père et la mère. M. Savary se trompe quand il traduit *Alwalidane* par « père » seulement.

2. Baïdawwy: *ouv. cité*, t. I, p. 259.

3. *Ibid.*, t. I, p. 161 à 163.

cite ce hadith : « O'yaïnat ben Hosaïn vint un jour trouver le prophète et lui dit : « On nous a raconté que vous donnez la moitié à la fille et la moitié à la sœur. Or avant, nous n'accordions de droit d'hérédité qu'à celui qui participe à la guerre et s'empare d'un butin. » Les Arabes n'attribuaient aucun droit successoral aux femmes ni aux enfants en bas âge (1). » Mais ce même auteur dans son commentaire sur les v. 2. 4, 5, 6, 7, 10 et 11 de la S. IV affirme le contraire. L. v. 2 dit notamment : « Donnez aux orphelines (2) ce qui leur appartient... ne consommez pas leur héritage pour grossir le vôtre... » Baïdawy cite le hadith suivant : « Un homme appelé Ghaftan avait en main une fortune considérable appartenant à son neveu, orphelin (en bas âge). Lorsque cet enfant arriva à l'âge de la puberté, il réclama sa fortune à son oncle. Celui-ci refusa de la lui remettre. Mais ayant entendu l'ordre du prophète il la lui restitua (3). » Il interprète dans les pages suivantes les autres versets en citant des hadith tantôt pour affirmer que les orphelins héritaient de leurs parents, tantôt pour dire le contraire.

De son côté Zamakhchary nous rapporte les mêmes formules : « On dit que dans la Djahilyyah l'homme, le wali d'une orpheline, riche et belle se mariait avec elle, et il lui arrivait souvent d'en prendre une dizaine pour profiter de leur beauté et de leur fortune. C'est pour cela que Dieu a dit : « Si vous craignez d'être injustes à l'égard des orphelines en vous mariant avec elles, prenez des femmes (adultes) qui vous plairont deux, trois ou quatre... etc. (4) ».

On voit clairement que pour ces auteurs, il ne faut pas chercher à comprendre. M. Marçais a suspecté,

1. *Ibid.*, t. I, p. 306, 307.

2. Savary traduit le mot yatama par orphelins, ce qui a rendu sa traduction du verset 3 inintelligible, nous y reviendrons.

3. Baïdawy : *ouv. cité*, t. I, p. 158.

4. Zamakhchary : *ouv. cité*, t. I, p. 158.

avec beaucoup de raison, cette interprétation qui exclut les enfants en bas âge et il en a fourni plusieurs arguments de grande valeur. Seulement il admet fort bien, l'exclusion des femmes et leur transmissibilité par voie d'héritage, en se basant toujours sur ces commentateurs (1).

Il est, croyons-nous, plus logique de rejeter en bloc toutes ces interprétations contradictoires et de puiser nos renseignements directement dans le Coran et dans la tradition constante des peuples arabes. En ce qui concerne la femme nous avons vu l'attitude de Mohammad contre les abus qu'exerçaient les maris à l'égard de leurs femmes. Bien mieux, dans les v. 2, 3, 4, et suiv. de la S. IV, le prophète reconnaît explicitement le droit d'hérédité aux orphelins comme aux orphelines. Dans le v. 8, il ne fait aucune distinction entre père et mère, homme et femme : « Les hommes et les femmes doivent avoir une portion des richesses que leur ont laissé leurs père et mère (Alwalidane), ce qui suppose sans aucun doute la capacité juridique de la femme (mère), comme la capacité de succéder reconnu aux filles par les versets précédents. Cela est parfaitement conforme à la tradition constante et aux conceptions sociales des Arabes.

La conclusion s'impose. La femme n'a jamais fait partie du patrimoine de son mari, au contraire elle avait une personnalité juridique pleine et entière.

La propriété collective. — M. Marçais a judicieusement démontré l'existence d'une sorte de propriété collective chez les Médinois et les anciens Arabes en général (2). Il a fourni à l'appui de cette thèse, à notre avis indiscutable, plusieurs arguments tirés de la tradition ou d'autres sources plus sûres. L'histoire des imposteurs Mosailamah et Sidjah apparus sous Abou-

1. V. Marçais : *ouv. cité*, p. 13 à 15.

2. *Ibid.*, p. 32 à 34.

Bekr en est une preuve. Le faux prophète Mosaïlamah et la fausse prophétesse Sijadh s'entendirent pour mettre fin à leur longue rivalité par un mariage, et en guise de mahr, Moraïlamah accorde à tous les membres de la tribu de l'épousée, les béni-Cassim, la dispense de la prière de l'Asr, instituée par son prédécesseur Mohamad. Le droit héréditaire du Beit El-Mal, trésor public des musulmans, fondé sur la confraternité entre musulmans établie par le prophète (1), suppose aussi l'existence de ce régime du moins dans une époque lointaine, chez les anciens Arabes.

Au surplus cela est conforme à l'organisation de la famille arabe. Nomades ou demi-sédentaires, les Arabes ont toujours besoin de se lier les uns aux autres le plus étroitement possible, pour pouvoir résister utilement aux attaques éventuelles des voisins. Cela est d'autant plus nécessaire que le partage des biens ne laisse pas de susciter quelques rancunes ou quelques animosités entre les copartageants ; ce qui n'est pas fait pour favoriser leur développement ou leur sécurité. Au reste la tradition est en ce sens. M. Gustave Le Bon raconte que les Arabes demi-sédentaires du Houran sont groupés par communautés sous l'autorité patriarcale d'un chef de famille... Tous les produits appartiennent à la communauté à l'exception des petits revenus d'origines diverses que possèdent quelques membres et qu'ils emploient à leur gré (2).

Les successibles chez les anciens Arabes (3). —

Deux principes fondamentaux résultent de ce que nous venons de développer : 1° que le régime patriarcal seul a été connu des arabes ; 2° que la condition de la femme

1. Cf. Coran, S. VIII, v. 73 ; S. IX, v. 72 ; S. XLIX, v. 10.

2. Cf. Le Bon : *ouv. cité*, p. 359 à 364.

3. Pour éviter les détails nous ne parlerons que de ceux dont les droits sont discutés.

était assez avantageuse et qu'elle avait une personnalité juridique pleine et entière.

Étudions maintenant les successibles dans l'ordre suivant :

a) *Les enfants : 1° les fils* : Il y a un point certain les fils, indistinctement : majeurs ou mineurs, se partagent la succession de leur père décédé. Les récriminations que Mahommad adresse à l'encontre des tuteurs qui dilapidaient la fortune de leurs pupilles impliquent nécessairement l'idée de successibilité de ceux-ci. Mais dans quelle proportion se partageaient-ils l'héritage ? En d'autres termes, y avait-il un droit d'aînesse, du moins mitigé comme c'est le cas chez les Assyriens (1) ? La loi syrienne ne fait aucune distinction de ce genre. Les fils se partagent à part égale l'héritage de leur auteur (§ 1^{er}) par contre l'aînesse existait, sous certaines conditions, chez le peuple d'Israël où elle était de tradition (2). Il est très probable que l'aîné avait, chez les Arabes, certains avantages dans le partage de la succession de ses parents. Le respect que témoignaient les cadets à l'égard de leur aîné, laisse supposer l'existence de ce droit. D'autant plus que c'était l'aîné qui devait tenir la place du défunt dans la direction des affaires de la famille : il en devenait le chef. Voici un fait : Fatima la Moundjibat, nous dit une tradition, reçut un étranger sous sa tente et lui accorda l'hospitalité. Celui-ci, épris par le charme et la beauté de son hôtesse, lui tint des propos inconvenants. Fatima l'invita à rentrer dans les bornes du respect. L'étranger ne voulant pas écouter ce sage conseil, se jeta sur elle pour lui faire violence. Fatima le contint d'une main ferme et appelant Caïs, le plus jeune de ses fils et lui dit : « Mon fils, cet homme a voulu me déshonorer, qu'en faut-il faire ? — Mon frère Anas est plus âgé que moi, répondit

1. Scheil : *ouv. cité*, I ; M. Cuq : *ouv. cité*, p. 8, 9.

2. *Deutéronome* : ch. XXI, 15 à 17. — *Coll. Hist. Le Monde : Terre Sainte*, p. 279 ; Munk : *ouv. cité*, p. 207.

Caïs, appelez-le. — Cet homme a voulu me faire violence, répéta Fatima, quand Anas fut venu, qu'en faut-il faire ? — Mon frère Oúmarah est plus âgé que moi, répondit Anas, appelez-le. Fatima adressa la même question à Oúmarah, celui-ci saisit son sabre ; mais sa mère l'arrêtant, lui dit : « Votre frère Rabi est votre aîné ; ne devriez-vous pas lui demander son avis » ? Rabi consulté à son tour, dit à ses frères : « Fils de Ziad, jurez-vous de m'obéir » ? Nous le jurons, répondirent-ils. — Eh bien ! gardez-vous de compromettre l'honneur de votre mère et de répandre le sang de votre hôte ; qu'il parte à l'instant (1). N'est il pas permis de voir là un certain droit d'ainesse du moins restreint ? En tout cas le point est douteux. Mohammad n'en parle pas.

La représentation successorale existait-elle chez les Arabes ? En d'autres termes, les enfants d'un enfant prédécédé prenaient-ils part à la succession de leur grand-père en concurrence avec leurs oncles encore vivants ? C'est aussi un point douteux. Il est vrai que la représentation n'est admise que dans certaines coutumes syriennes.

Les paragraphes 1 et 19 du Coutumier syrien disent que le plus proche exclut le plus éloigné ; mais une autre coutume de Syrie, admet cette représentation d'une façon formelle (2). Les lois de Hammourabi n'y font aucune allusion (3). Mais il est très probable que cette représentation existait chez les Arabes. D'abord, il y a la solidarité entre les membres de la famille, et puis il serait étonnant que Mohammad ne pensât pas du tout à ces exhérodés. En effet, Mohammad a légiféré sur la succession, à Médine, au moment où la guerre avait laissé bien des vides dans le rang de ses fidèles et aucun verset du Coran ne mentionne sa préoc-

1. Desvergers : *ouv. cité*, p. 105-106.

2. Voir *infra*.

3. Scheil : *ouv. cité*, §§ 163 à 177.

cupation de venir en aide à ces malheureux. Et pourtant il accorda le droit héréditaire à l'épouse et à la mère, par exemple toujours pour subvenir à leurs besoins. Il aurait dû aussi s'occuper de ces orphelins dont le père est mort au combat et dont l'oncle s'est emparé du patrimoine du grand-père en laissant ses petits-neveux dans la misère ? Quoique la question soit douteuse, nous inclinons vers l'affirmative. La sollicitude généreuse de Mohammad à l'égard des orphelins (1) dont les biens sont dilapidés par les tuteurs infidèles, à l'égard des femmes et des pauvres, nous oblige à généraliser et à adopter cette solution.

2) *Les filles* : Ici la question est plus délicate. La doctrine reçue de nos jours professe l'exclusion des filles. Certains auteurs fondent cette exclusion sur la faiblesse physique du sexe ; d'autres, sur le système de parenté mâles par les mâles. Mais tous gênés par ce fait qu'à La Mecque, la femme possédait le droit de propriété et sûrement le droit d'hérédité, ont élaboré, tout un système, à notre avis artificiel, qui consiste à séparer par des cloisons étanches, Médine de la Mecque comme de toutes les autres villes ou tribus arabes, et ont attribué à chacune des coutumes et des lois spéciales. Or, nous avons vu que, les Arabes, loin de vivre isolés les uns des autres, étaient au contraire, en relations constantes avec les peuples voisins : Juifs, Babyloniens, Phéniciens, Assyriens, Syriens (2) etc ; et il serait vraiment étonnant que les Médinois n'aient pas été en relations avec La Mecque. Le seul fait que Mohammad se réfugia à Médine, prouve que les Médinois ne formaient qu'un centre ou un groupe des tribus, comme il y en a partout en Arabie, en relations constantes avec Les Mec-

1. Il est à remarquer que le mot orphelins n'implique pas nécessairement l'idée des orphelins au premier degré seulement. Il est général et peut très bien s'appliquer aux neveux.

2. V. La savante étude de M. Dussaud, *Les Arabes en Syrie avant l'Islam*. Paris; 1907.

quois. Il est vrai qu'au temps du prophète la situation était tendue entre les deux villes, mais il ne faut pas oublier que les pillages et les razzias étaient dans les mœurs de tous les Arabes. L'hostilité ne durait pas indéfiniment. Il y avait des périodes de trêve, des périodes même d'amitié, suivant les circonstances et par conséquent, une fois l'exploit fini, c'était la paix et les relations normales reprenaient leur cours, tout comme les guerres européennes de nos jours. Il faut, croyons-nous, chercher ailleurs la condition de la fille en matière de succession. Voyons d'abord qu'elle fut sa condition chez les autres peuples sémites.

Les Juifs : Il est certain que les filles héritaient d'après les lois de Moïse. L'exemple des filles de Salphaad fils de Manassé en est la preuve. Il est vrai que cette successibilité est soumise à une double condition : 1°) qu'il n'y ait pas d'enfants mâles ; 2°) qu'elles se marient dans la tribu de leur père (Nomb. Ch. XXVI).

Même en présence d'enfants mâles, les filles ont un certain nombre d'avantages qui valent bien une part d'héritage. Leur père leur donnait des présents, des esclaves ; leur mari leur offrait des cadeaux, des objets d'or ou d'argent et des vêtements. Enfin si une femme est répudiée par son mari, elle sera recueillie obligatoirement par ses parents. Au surplus elle recevait quelquefois certains biens par testament (1).

Les Babyloniens : D'après les lois de Hammourabi la fille a le droit à une part de l'héritage de son père décédé. Sa part consiste tantôt en argent, vergers, champs, etc. (Cheriqtou), tantôt en un droit d'usufruit sur les immeubles si son père ne lui avait pas donné de son vivant, une cheriqtou (2).

Les Syriens : Chez les Syriens la situation est plus claire ; la fille a un droit à l'héritage de son père même

1. *Génèse*, Ch. XXIV. Munk : *ouv. cité*, p. 207.

2. C. f. Delaporte, : *ouv. cité*, p. 88. Scheil, *ouv. cité*, §§ 162 à 177.

en présence d'enfants mâles. Bien mieux, elle a comme le fils une réserve héréditaire : un quart du patrimoine du défunt (1).

Les Mecquois : A La Mecque, la fille avait sûrement vocation à l'héritage de son père. L'exemple de Khadidja veuve et riche marchande de La Mecque, qui devint la femme et le soutien du prophète, en est le témoignage indiscutable.

Les Médinois : Que faut-il décider pour les Médinois ? Ici les historiens ne nous sont d'aucuns secours. Mais le Coran nous conduit plutôt à admettre que les filles héritaient, elles aussi, de leurs parents. Le v° 1. 2. et ss. et 126 de la S. IV ne laissent, à notre avis, aucun doute sur ce point. Voici ce que disent ces versets : « Hommes, craignez le Seigneur qui vous a tous créés d'une seule âme dont il forma l'épouse et engendra de cette union beaucoup d'hommes et de femmes... Donnez aux orphelins (fils ou filles) ce qui leur appartient... Ne consommez pas leur héritage pour grossir le vôtre.. Et si vous craignez d'être injustes envers les orphelines (en les épousant), épousez des femmes qui vous plairont deux ou trois ou quatre, etc.) (v° 1 et ss. S. IV.) (2)

Les versets 2 et 3 sont liés entre eux par une conjonction et l'idée de dilapidation du premier concorde parfaitement avec l'interdiction enjointe, dans le second, aux tuteurs de ne pas se marier avec les orphelines, s'ils craigneraient d'être injustes (3) envers elles. Au reste Baïdawwy interprète, grammaticalement, ce membre de phrase : « Si vous craignez d'être injustes envers les yatama), dit ceci : » yatama, c'est-à-dire yatama annisa' (orphelines). Si vous craignez d'être injustes envers les

1. C. f. *Liv. Syra Rom.*, §§ 1 et 19.

2. Le v. 126 ne s'occupe que des orphelines (yatama ennisa') et à propos de leur mariage et de la conservation de leurs biens.

3. En dilapidant les biens des orphelines. V. aussi les v. 218 et 219 de la Sourat II lesquels sont en ce sens.

orphelines, *en se mariant avec elles*, épousez d'autres femmes qui vous plairont (1) ».

Ajoutons qu'il est inadmissible que Mohammad parle dans ses versets, où en somme, il s'agit avant tout de mariage, des orphelins mâles seulement, d'autant plus que ses compagnons d'armes n'avaient nécessairement que des enfants mâles et rien que mâles. En outre, si, à Médine, les filles n'héritaient pas, il serait surprenant que Mohammad venu d'une ville (La Mecque) où les filles héritaient, comme les garçons, n'y fasse aucune distinction et aucune allusion à l'exclusion des filles à Médine.

Mais à Médine comme à la Mecque, comme chez tous les peuples sémites (chacun selon le degré de sa civilisation), la fille, tant qu'il existe dans la famille de son père des enfants mâles, prenait, généralement, une partie des meubles. Car enfin, partout, nous voyons quand il s'agit de mahr, de mohar, de dot, de Djihaz, etc., on ne donne à la fiancée ou à la fille que de l'or, de l'argent, des moutons, des vaches, des esclaves, etc., et presque jamais d'immeubles. Et en général tout ce qu'elle acquiert de la sorte retourne tôt ou tard à la famille de son père (lorsqu'elle décède sans laisser d'enfants). D'autant plus que, d'une part le principe de la conservation des biens dans la famille, de l'autre le système de divorce qui met la femme à la merci du mari, tout cela entraînera pour elle l'obligation de rentrer sous le toit paternel où l'on devrait l'entretenir sa vie durant. Du reste à Médine comme presque partout dans le désert, la maçonnerie n'était pas très avancée. Les maisons ne consistaient, le plus souvent, qu'en des tentes aisément portables et par conséquent meubles. Quand au sol, il ne servait, le plus souvent, que presque exclusivement pour le pâturage. Même de nos jours, les Bedouins témoignent un dédain

1. Baïdawy : *ouv. cité* t. I, p. 259. V. aussi p. 162, 163, 307.

immense à l'égard des cultivateurs (Fellah) et se considéraient comme humiliés s'ils s'attachaient à la terre.

b) *Les époux* : L'épouse, nous l'avons vu, n'est, en principe, qu'une associée (*cheriqat*) et une compagne destinée à la procréation. Si elle n'engendre pas d'enfants, elle est généralement renvoyée à ses parents et par conséquent aucune dévolution successorale proprement dite, ne peut exister entre elle et son mari. Celui-ci lui garantit en cas de mort ou de répudiation, une valeur en argent, ou toute autre chose, pour subvenir à ses besoins. Mais il faut remarquer que suivant le degré de la civilisation et le relâchement des liens dans la famille sa situation change et de simple associée qu'elle était, elle devient une véritable héritière. La coutume syrienne est, à ce point de vue, la plus nette de toutes les coutumes que nous connaissons sur les peuples sémites. Le paragraphe 44 de la Coutume syrienne, dit, en effet, que la femme mariée avec mahr, répudiée sans justes motifs, prend sa dot et son mahr. Mais si c'est elle qui est en faute, elle prend seulement le mahr, et la dot (Djihaz) reste à son mari pour l'indemniser de l'injure à lui faite par l'inconduite de sa femme. L'Empereur Léon modifia cette dernière disposition et décida que si la femme est en faute, elle perdra, au profit du mari, et sa dot et son mahr (§ 51). En cas de prédécès du mari, la société entre époux (*La Chariqat*), dit le paragraphe 51, est dissoute. La veuve prend alors tout le fond commun le mahr et le Djihaz. L'Empereur Léon modifia encore cette disposition en faveur des enfants nés de cette union et décida que, désormais, la veuve prendra son Djihaz et la moitié seulement de son mahr, l'autre moitié devant revenir aux enfants. Si c'est la femme qui prédécède, le fond commun passe aux enfants et à leur défaut aux petits enfants jusqu'au troisième degré inclusivement, son mari survivant ne prend dans ce cas que le sixième du mahr seulement. A défaut de descendants, le mari prend du fond commun le mahr tout entier ou

une partie : $3/4$, $2/3$, $1/2$, selon la durée de la vie commune (3, 6, 7 ou 12 ans). Tout le reste retourne aux père et mère de la défunte et à leur défaut aux parents de la tribu de son père : le plus proche excluant le plus éloigné. Nous verrons par la suite que la Coutume Syrienne reconnaît à la femme une véritable vocation héréditaire à la succession de son mari.

Dans le mariage sans mahr (§ 52), il en est autrement, la veuve n'ayant rien apporté de chez ses parents, et n'ayant fait avec son mari aucune convention à son profit, elle n'aura rien.

Mais dans un cas comme dans l'autre, son mari avait, paraît-il, l'habitude de lui laisser un legs ou de lui acheter de son vivant quelques biens en son nom (donation déguisée) (§§ 59, 60, 66, 75).

Les Babylooniens comme les Assyriens procèdent de la même manière et dans le même esprit (1). Il suffit d'y renvoyer.

Que faut-il décider pour les anciens Arabes ? Il faut croyons-nous procéder dans le même esprit. La femme étant dans une même situation sociale et juridique chez tous ces peuples, il n'y a aucune raison plausible qui puisse justifier une solution différente. Il y a un point certain : les Arabes connaissaient le testament et le seul fait que Caïs employa ce moyen détourné pour subvenir aux besoins de sa vieille mère prouve que la femme (*associée*) n'héritait pas de son mari prédécédé, puisque, nous l'avons vu, le mariage pouvait avoir lieu sans mahr et sans dot. La vieille femme n'ayant rien apporté de chez ses parents, ni rien stipulé en sa faveur, de son mari, elle n'a rien à réclamer. Mohammad laisse aussi entendre l'inexistence de la dévolution successorale entre époux, chez les Médinois. Avant de procéder à la constitution de son système suc-

1. Cf. Scheil : *Recueil des Lois assyriennes*, 30, 39, 46, 47. Scheil, *Recueil des Lois de Hammourabi*, §§ 162 à 177. Delaporte *ouv. cité*, p. 80-81.

cessoral, le prophète prévoit le testament en faveur des épouses : « Ceux qui laisseront des épouses en mourant leur assigneront un legs, comme l'entretien pendant une année, et un asile dans leur maison. Si elles sortent d'elles-mêmes, vous ne serez point responsables de ce qu'elles feront avec décence » (v. 241 S. II) ». L'attitude du prophète dans les versets précédents (226 et ss. S. II) prouve que la femme n'avait aucun droit sur l'héritage de son mari, et que celui-ci, au lieu de lui laisser quelque chose par testament pour subvenir à ses besoins, la maltraitait. La tradition est en ce sens. Fatima la Moundjibat, après la mort de Ziad, son mari, resta dans la tente du défunt et ne quitta pas ses enfants, sur lesquels, du reste, elle avait un ascendant considérable. Newar ne fut que l'associée de son mari Farazdak. Lorsque le divorce fut décidé, la gestion de la fortune de Newar ne fut confiée à son ex-mari que pour des raisons de fait.

Chez les tribus arabes des Anézés et du Sinaï, la femme répudiée ou veuve, si elle avait des enfants, demeure, à son gré, avec ses enfants ; sinon elle se retire dans la famille de son père. En tout cas, son ex-mari lui donne une chamelle, des ustensiles de ménage ou toutes autres choses (1).

La mère : Les enfants ont eu sûrement le droit de succéder à leur mère prédécédée. Mais la réciproque est-elle vraie ? Cette réciprocité paraît douteuse. Voici pourquoi. D'abord les enfants sont les gardiens des biens de la famille et si ces biens pouvaient par voie d'héritage passer à leur mère, ils finiraient par sortir définitivement de la famille du père. En effet, les héritiers naturels de la femme outre ses enfants, sont ses propres parents de la famille de son père. Si ses enfants lui succèdent ce n'est que parce qu'ils sont de ses œuvres et par conséquent, ils ont droit aux biens qu'elle apporte de chez

1. *Coll. Hist. Le Monde*, t. IX, p. 296-297.

ses parents, justement pour subvenir aux besoins du ménage. Le fond social constitué par l'apport des époux n'a d'autre destination première que l'entretien et la nourriture des enfants.

Les lois babyloniennes comme les lois assyriennes sont en l'état actuel trop incomplètes pour nous renseigner sur la situation exacte de la mère, mais nous inclinons plutôt à admettre qu'il en était ainsi partout ailleurs chez tous les peuples sémites (avec toutefois distinction entre les nomades et les sédentaires). Car partout nous voyons, la mère répudiée ou veuve, ou bien continuer à vivre avec sa progéniture ou bien se retirer chez ses parents en emportant tout ou partie de la dot, du domaki, du noudounnou, etc., en laissant une partie à ses enfants ou si elle décède sa fortune passe en première ligne à ses enfants, à leur défaut à ses propres parents du côté du père.

Les lois syriennes sont plus explicites et dénotent un état social plus avancé. Le paragraphe 62 dit en termes formels que la mère pouvait sous certaines conditions hériter de ses enfants prédécédés : « On lui a demandé (à l'Empereur), après combien d'enfants la femme (la mère) aura-t-elle le droit de prendre part dans la succession de ses enfants ? Il répondit que : si la femme (la mère) était libre, fille de gens libres, elle aura sa part, après trois enfants, et après quatre si elle était affranchie (1) ». C'est le *jus liberorum*.

Chez les Arabes il était d'usage, semble-t-il, que la mère reste sous le toit de ses enfants, si elle le voulait, mais par contre elle n'avait aucune vocation héréditaire proprement dite, à la succession de ceux-ci. En tout cas, le prophète enjoint aux enfants de laisser en mourant un legs à leurs père et mère ou à leurs proches : « Il est écrit que lorsqu'un de vous sent que sa mort approche,

1. Le texte dit *Amat* (esclave), mais l'esclave n'avait pas de personnalité juridique, il s'agit en réalité d'une personne qui n'est ni esclave, ni libre (d'une situation intermédiaire).

s'il laissera des biens, qu'il fasse un legs en faveur de ses père et mère et de ses proches. C'est un devoir pour ceux qui craignent le Seigneur » (S. II. v. 176) (1). Si la mère héritait de ses enfants, il aurait été inutile d'intervenir en sa faveur pour lui accorder quelque chose par une voie détournée. Il faut cependant remarquer que Mohammad parle du père comme de la mère (Walidaïne) Mais nous croyons qu'il s'agit simplement de la mère seule. Car le père succédait toujours à ses enfants prédécédés sans enfants. En effet, dans cette famille patriarcale dominée par le père, à qui attribuer la succession de l'enfant, si ce n'est à son père ?

Le mot Walidaïne s'emploie même de nos jours, surtout dans le langage populaire, pour désigner, tantôt le père seul, tantôt la mère seule, tantôt les deux ensemble. Ce qui prouve aussi qu'il s'agit de la mère seule, même en disant Walidaïne. c'est le verset 14 S. XLVI qui dit Walidaïne dans un cas où il ne s'agit en réalité que de la mère seule : « Nous avons prescrit à l'homme la bienfaisance envers ses Walidaïne (père et mère). Sa mère l'a porté avec peine et l'a enfanté avec douleur, etc. » (2).

1. M. Savary traduit ce verset ainsi : « Il est écrit qu'en mourant, vous laisserez vos biens par testament à vos enfants et à vos proches. » Ce qui est inexact. Le texte dit, *Walidaïne* c'est-à-dire les père et mère et non pas *Alawlad* (les enfants). Ce qui n'est pas la même chose.

2. Cf. *Coran*, S. VI. v. 152. S. XVII, v. 24.

DEUXIÈME PARTIE

L'ŒUVRE DE MOHAMMAD

Dans l'étude de l'œuvre de Mohammad, c'est-à-dire, des dispositions coraniques relatives à la dévolution successorale, trois questions se présentent tout naturellement à l'esprit : 1^o Quelles sont les origines de ces dispositions ? 2^o En quoi consistent-elles ? 3^o Quelle est, dans l'esprit de Mohammad, leur nature juridique au point de vue futur ; en d'autres termes, les a-t-il voulues intangibles et immuables ?

Nous examinerons ces trois questions successivement en trois chapitres dans l'ordre suivant :

Chap. I : Leurs origines.

Chap. II : Leur consistance.

Chap. III : Leur nature juridique.

CHAPITRE PREMIER

LES ORIGINES

La question des origines ou des sources d'une institution quelle qu'elle soit, est peut-être une de celles qui passionnent le plus le monde des savants. Cela n'est pas une question de pure érudition et par conséquent sans aucune utilité pratique. Au contraire, elle est d'une importance capitale. Car elle nous fournit le moyen de suivre l'évolution de cette institution, son développement, sa marche à travers les siècles parmi toutes les vicissitudes de la vie sociale, de grandeur ou de décadence politique du peuple, de connaître la puissance que peuvent exercer les influences philosophiques étrangères sur les conceptions à la base de cette institution, telle sortie de sa race et partant elle nous facilite l'intelligence de la mentalité de ce peuple, du caractère foncier de ses conceptions sociales, de ses aspirations légitimes ; et de savoir dans quel sens peut-on utilement faire dévier sa marche normale dans la voie du progrès et de la civilisation. En un mot, c'est une excellente leçon d'histoire et de sociologie, qui servira de guide dans la direction future de ce peuple. Par contre, c'est le problème le plus difficile que l'on puisse imaginer, surtout quand ces origines remontent à plus de douze ou treize siècles dans le passé, pénurie des documents sûrs, fidèles et authentiques, et même les documents que nous possédons sont loin d'avoir la clarté et la netteté désirables. Ramassés ça et là, reliés ensemble, souvent sans aucun esprit de suite, la plupart de cas, sont séparés les uns des autres par plusieurs siècles

d'intervalle. Ajoutons à tout cela le manque de connaissance exacte des coutumes de ce peuple et l'usage qu'il fait des expressions de sa langue. En un mot, toutes les difficultés que l'on rencontre, si l'on veut vivre la vie de ce peuple et entrer dans son esprit, sans lesquels on ne peut légitimement formuler que des hypothèses et des probabilités. Les savants marchent dans ces siècles lointains avec tâtonnement, hésitation, suspicion, sans oser affirmer, quoique ce soit, avec certitude, leurs conclusions ne sont, et ne peuvent être le plus souvent que des doutes et des probabilités.

Dans notre étude des sources des dispositions coraniques, nous ne ferons pas autrement. D'autant plus, que les docteurs musulmans, à la différence de ce qui se produit, généralement, dans le monde des savants, ont élevé une barrière, à leur avis, infranchissable, entre l'avant et l'après l'Islam. D'après eux, dans la Djahilyyah, il n'y avait que barbaries et monstruosités. Le Coran d'inspiration divine, création d'Allah, a changé la face des choses du tout au tout. C'est dans cet esprit de révolution radicale, qu'ils ont étudié cette institution comme toutes les institutions issues du Coran (1) et chacun suivant sa mentalité et son origine, cherche à expliquer ces dispositions, à les étendre à des cas nouveaux et à leur rattacher par des subtilités, parfois remarquables, mais souvent grammaticales et quelquefois absurdes, les institutions et les coutumes de son propre pays. Cette méthode étant antiscientifique, ses partisans ne pourront nous être d'aucun secours.

D'autre part, s'il est vrai que Mohammad nous indique les sources de ses inspirations : Le judaïsme et le christianisme, il n'en est pas moins vrai, qu'il reste extrêmement difficile de savoir où, au juste, il a pris ces

1. D'après les docteurs musulmans il n'y a pas un atome dans le monde qui ne soit prévu par le Coran : toutes les sciences, toutes les connaissances humaines toutes les inventions modernes : l'électricité même trouvent leur source dans Le Livre.

dispositions. Est-ce dans les coutumes des chrétiens (1) de Syrie ? ou des chrétiens de l'Arabie ? ou encore de ceux de l'Abyssinie ? Car il ne faut pas perdre de vue, que quoique ces peuples ont eu même origine, mêmes conceptions sociales, il n'en reste pas moins que le degré de leurs civilisations et leurs besoins sociaux n'étaient pas identiques. La vie des citoyens, en Syrie, par exemple, ne peut pas être comparée à celle des Abyssins ou des Arabes restés demi-barbares. Chacun de ces peuples façonna ses institutions suivant les nécessités du temps et des circonstances et des besoins du milieu social où il vécut.

Au surplus les documents que nous possédons sur tous ces peuples sont trop incomplets pour nous fournir le moyen de rattacher, d'une façon certaine, chaque disposition coranique à sa source. Tout ce que l'on peut faire, c'est de choisir parmi ces législations, celles qui sont les plus claires, ou les moins obscures, et qui contiennent le plus de détails, et d'exposer leur système en matière de succession. Selon les indications du prophète, nous choisirons deux législations sémitiques : celle du peuple d'Israël, et celle du peuple syrien ;

§ I) La dévolution successorale chez le peuple d'Israël.

§ II) La dévolution successorale d'après les coutumes syriennes.

§ I. — Dévolution successorale chez le peuple d'Israël (2)

Le système successoral établi par Moïse et par la tradition biblique, peut se résumer ainsi. En principe, ce sont les mâles qui succèdent au défunt, à leur défaut,

1. Ou des juifs.

2. Si nous avons cru utile d'exposer ici, succinctement, le système successoral juif, c'est seulement pour en faire ressortir les deux caractéristiques suivantes et que nous retrouverons plus

les femmes, mais au premier degré seulement. La dévolution à tous les degrés se passe de la manière suivante : au premier degré, les fils ; à défaut des fils, les filles. Quand un homme n'avait laissé ni fils, ni filles son héritage passait à ses ascendants mâles ; à défaut des descendants et des ascendants, à ses frères ; à défaut des frères, aux oncles paternels ; à défaut d'oncles paternels, au parent le plus proche du côté du père (Nomb. 27, 2-11). Mais pour pouvoir hériter, il faut être enfant légitime et non pas enfant naturel (né d'une concubine ou d'une esclave). En tout cas l'homme pouvait disposer en faveur de ses filles (exclues en présence des fils) ou de toute autre personne, de tout (par donations entre-vifs), ou partie (par testament « d'après la tradition ») de ses biens (1). Au surplus il était entièrement libre de disposer de tout son patrimoine à titre onéreux.

§ II. — Dévolutions successorales d'après les coutumes syriennes

Le coutumier syrien distingue deux sortes de succession : La succession *ab intestat* qui s'ouvre à la mort naturelle d'une personne ; et la succession testamentaire dévolue aux héritiers d'après la volonté expresse du défunt. Nous n'examinerons ici que la succession *ab intestat* seul objet de notre étude.

Fondement. — Le fondement de la succession *ab intestat* d'après le Coutumier syrien, est, en principe, la conservation des biens dans la famille (Livre Syro-Rom., préface).

Le père de famille doit nécessairement laisser une

tard dans la législation musulmane à savoir : 1° La vocation héréditaire mâle par le mâle ; 2° La réserve héréditaire ne joue pas en matière des donations entre vifs.

1. Cf. Munk, *ouv. cité*, p. 207. Coll. Hist. *Le Monde, Terre Sainte*, p. 279.

partie de son patrimoine à ses enfants. En d'autres termes, les enfants ont toujours une réserve héréditaire que leur père ne peut jamais leur enlever par voie de dispositions à cause de mort (1). Il est utile de transcrire les textes relatifs à la succession *ab intestat* contenus, soit dans le Coutumier syrien (2), soit dans d'autres documents orientaux, pour faciliter la comparaison entre leurs dispositions et celles corollaires du droit musulman, pour lesquelles du reste nous procéderons de la même façon. Nous donnerons à ces textes des numéros artificiels pour faciliter les références.

Le Coutumier syrien contient les dispositions suivantes :

« § 1^{er} : a) L'ordre des successibles est le suivant :

1° Si un homme meurt laissant des *enfants*, fils ou filles ; ces enfants lui succéderont (le garçon prendra les 2/3 de l'héritage, et la fille le 1/3) (3).

2° A défaut des garçons, les filles succéderont ;

3° A défaut d'enfants, le père ;

4° Les frères et sœurs du défunt ; la mère concourt avec eux et reçoit une part d'enfant ;

5° Si le défunt ne laisse *ni père, ni mère, ni enfants, ni frères* (et sœurs), ses oncles paternels lui succéderont ;

6° A défaut d'oncles paternels ; les *enfants* (*Would*) des oncles paternels ;

7° Si la tribu de son père et celles de ses oncles paternels sont éteintes, les *enfants* de sa sœur hériteront ;

1. Des donations entre-vifs, le Coutumier n'en parle pas. Pour plus de détails sur la réserve héréditaire, voir *infra*.

2. Bruns und Sachau, *Syrisch-romanisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhunderte*. Leipzig, 1880.

3. Dans le texte arabe cette phrase qui marque l'inégalité des parts entre garçons et filles, est omise ; par contre elle est mentionnée dans le texte syriaque au paragraphe correspondant. En outre le texte arabe, paragraphe 1^{er}, signale une autre proportion du 1/4 à 3/4, entre filles et garçons.

8° La tante paternelle ou ses *enfants* (garçons) et à défaut des garçons, *les filles*.

b) Donc : 1° au premier degré : les fils et les filles succèdent ensemble. Ce sont les enfants du défunt ;

2° Au second degré et aux degrés suivants, les femmes sont exclues par leurs frères ou les *enfants* de ceux-ci ;

3° Les femmes n'héritent qu'avec leurs *frères et sœurs* (*sic*).

c) Succession de la femme :

1° Si une femme meurt, son héritage passe à ses père et mère et à ses frères et sœurs : *c'est le premier degré des successibles* (*sic*) ; parce que dans notre *Sunna* le plus proche exclut le plus éloigné (*Lian Sonnatana touarrith azzar'annaqi*).

2° S'il ne reste plus de descendance pure (*azzar'annaqi*), alors on donne le droit d'hérédité aux femmes et à leurs descendances » (1).

« § 19 : 1° Si un homme meurt, laissant des petits-fils et des petites-filles, de filles prédécédées ; et des frères. Les frères (*Ikhwat*) ou leurs enfants, seuls, lui succéderont ;

2° A défaut de cette catégorie, ses oncles paternels ou leurs enfants (*Awlad*) ;

3° Si la tribu de son père est éteinte, les enfants (*Awlad*) de ses filles.

4° A leur défaut, les enfants de ses sœurs.

5° De toute la lignée *aceb* les hommes seuls succèdent et non les femmes (s'il y a des Acebs mâles).

6° A défaut des mâles (*aceb*), les femmes *aceb*, lui succéderont. »

« § 44 : 1° Si la femme meurt, son *Djihaz* reste à ses enfants.

2° A défaut d'enfants, aux enfants des enfants jusqu'à la troisième génération.

1. Nous n'avons relevé de ce texte que ce qui est en rapport direct avec notre étude. Nous ferons de même pour les paragraphes 44 et 51.

3° Il en est autrement du mahr, dont le $\frac{1}{4}$, le $\frac{1}{3}$ ou la $\frac{1}{2}$, reste à la veuve suivant la durée de la communauté (3, 5, 6, 7 ou 12 ans) ; l'autre partie passe aux père et mère de la femme, et à leur défaut à la famille du père : le plus proche excluant le plus éloigné.

4° Si l'époux meurt la veuve prend tout le Djihaz et tout le mahr. »

« § 51 : 1° Si la femme meurt laissant ou non des enfants, son époux survivant prend le mahr et la moitié du Djihaz, l'autre moitié passe à l'enfant s'il y en a (s'inon à la tribu du père de la défunte).

2° Si l'époux meurt, la veuve prend le Djihaz et la moitié du mahr. »

« § 62 : Quand aura-t-elle droit à une part de la succession de ses enfants ?

1° Si elle était libre, fille des gens libres, après 3 enfants.

2° Si elle était (*Amat*) affranchie après 4 enfants. »

« § 68 : 1° Il n'est pas permis à la femme, du vivant de son père ou de son grand-père paternel, de léguer sa part du mahr à qui elle voudra.

2° Si ces deux hommes meurent, elle pourra alors léguer son mahr à qui elle voudra, à condition que le testament soit rédigé en présence des témoins qui ont assisté à son mariage et en présence desquels le mahr avait été stipulé et garanti par le mari.

3° Il en est de même de l'homme. Il ne lui est pas permis du vivant de son père ou de son grand-père paternel, de faire son testament. »

« § 88 : 1° Les fils et les filles succéderont ensemble à leur père comme à leur mère.

2° Les filles (mariées) doivent rapporter à la succession du père leur Djihaz (avancement d'hoirie).

3° Si un fils meurt laissant des frères et sœurs et sa mère, ils se partageront la succession. La mère en aura une part d'enfant.

4° Il en est de même de la succession du père. »

« § 89 : 1° Si un homme meurt laissant un enfant (fils ou fille) et que cet enfant décède laissant sa mère et des oncles paternels ou fils d'oncles paternels, ceux-ci prendront le tiers ($\frac{1}{3}$) de la succession, qu'ils partageront entre eux à parts égales ; la mère prendra les deux tiers ($\frac{2}{3}$) (1).

2° Les femmes, sauf au premier degré seulement, ne peuvent concourir avec les mâles.

3° La descendance féminine ne concourt pas avec la descendance masculine : Les enfants des sœurs, les enfants des tantes paternelles, les enfants des tantes maternelles, et les enfants de leurs filles, ne concourent pas avec la descendance masculine.

4° Si la descendance masculine (au delà du premier degré) est éteinte, un groupe des femmes succède suivant son rang.

5° S'il n'y a plus de femmes du groupe précédent, les parents descendants de la mère du père succèdent.

6° Ainsi la Sunna donne le droit de succession au plus proche et exclut le plus éloigné. »

« § 100 : Si un homme meurt laissant son père ou son grand-père paternel, et qu'il avait légué ses biens à un étranger (étranger à la tribu et qui n'est pas du nombre des successibles). Si le père ou le grand-père veut retenir tout ou partie du legs, pour le transmettre plus tard à ses propres enfants ; il ira trouver le Cadi et celui-ci décidera. »

Autres fragments tirés d'un Coutumier Syrien publié par Sachau en 1908, p. 192, 194 et 200.

« § 27 : La différence de religion empêche la vocation héréditaire entre parents ».

« 46 : a) Un homme meurt laissant sa mère, son épouse et des cousins paternels :

1. Si la mère et l'épouse (la veuve) ne se marieront pas, elles hériteront.

1. Cette disposition vient du droit romain. V. Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, p. 723 ; Paris, 1917.

2° Si elles voulaient se remarier on leur donne leur mahr.

3° En plus la veuve prendra le $\frac{1}{10}$ de l'acquêt fait par le défunt depuis qu'elle est entrée dans sa maison.

4° Le reste de l'héritage appartient aux cousins paternels.

b) Si une personne meurt laissant son époux, sa mère et un frère, on divise l'héritage en quatre parts, puis on attribue à chacun une part ($\frac{1}{4}$) et une part sera donnée aux pauvres. »

« § 51 : 1° Il y a des tribus qui excluent les filles par les fils.

2° Il y en a d'autres qui décident : que si la femme hérite quelque chose de la famille de son père, elle devra l'apporter à la maison de son mari ; d'autres décident que cet usage n'a rien d'obligatoire.

3° Chaque tribu suit ses propres usages. »

« § 52 : Si un homme meurt sans enfants, laissant pour héritiers des frères vivants et des enfants des frères décédés, les enfants de ces derniers tiendront la place de leur père et prendront la part revenant à leur auteur en concurrence avec leurs oncles et tantes paternels. Nous possédons en outre un document précieux sur le régime successoral à Palmyre qu'il n'est pas inutile de reproduire ici (1) : « Les successions des défunts sont déferées à ceux qui sont les plus proches par le sang. Les plus proches sont :

1° Si le défunt n'a pas laissé de postérité ou s'il n'a pas adopté des fils conformément aux lois, le père ou la mère à condition qu'elle ne soit pas remariée.

1. V. M. Haussoullier: Une loi grecque inédite sur la succession *ab intestat* : *Rev. Hist. de Droit Français*, p 515 et ss. Paris 1923. Cette loi dont l'origine remonte à la fin du IV^e siècle avant J.-Ch., fut découverte au cours des fouilles pratiquées par l'armée française, à Doura en 1922. M. Haussoullier a fait une savante étude sur l'origine de cette loi et a établi un rapprochement entre elle d'une part, et le Coutumier Syrien et le Droit Athénien d'autre part.

2° A défaut du père ou de la mère, les frères consanguins du père.

3° A défaut de ceux-ci, les frères consanguins du défunt.

4° S'il n'existe aucun de ceux-ci mais si le père du père ou la mère vivent, ou un cousin du côté du père, c'est à eux qu'appartient la succession.

5° A défaut d'aucun de ceux-ci, c'est au roi que sont dévolus les biens. »

Remarque. — Il est bien clair que, dans ces textes, tout est pêle-mêle, désordonné, confus, imprécis, incohérent, en sorte que l'on peut bien se demander si l'auteur comprenait ou non ce qu'il écrivait, ou bien si c'est la langue ou plutôt les termes de cette langue encore imparfaite, qui, dans leur sens étymologique et grammatical englobant plusieurs éléments divers, ne se prêtaient pas à plus de netteté et de précision. Une chose est certaine, ce qu'une analyse attentive s'impose, pour les coordonner, les rendre intelligibles et en faire ressortir les principes généraux qui ont présidé au système du législateur Syro-Romain. La tâche est difficile, mais il suffit d'étudier les textes de près pour que toute contradiction et toute confusion s'effacent et l'ordre et la clarté jaillissent de toute cette pitoyable anarchie. Nous verrons bientôt comment.

Nous n'avons pas la prétention de faire ici une étude sur les origines de ces dispositions, cela sort du cadre de cet ouvrage. Si nous les avons reproduites, telles qu'elles sont ce n'est pas non plus pour les comparer les unes aux autres pour en faire ressortir la valeur relative de chaque législation, au contraire, ce que nous voulions c'est plutôt relever certaines constatations évidentes en rapport direct avec les institutions similaires du droit musulman.

Ces constatations sont :

1° Le système de la dévolution successorale n'est pas identique dans toutes ces lois. On constate aisément des

divergences, parfois profondes, non seulement, d'une législation à une autre, mais aussi dans une même législation. Ainsi dans le Coutumier Syrien, il est bien difficile de coordonner toutes ses dispositions pour les rattacher au principe posé par le paragraphe premier de ce Livre. Il suffit de comparer les tableaux suivants pour constater que cette œuvre comme toutes ces lois diverses, ne sont pas homogènes. Il s'en faut de beaucoup, le Coutumier Syrien ne paraît pas être une œuvre officielle. Les contradictions qui existent, non seulement d'un paragraphe à un autre, mais aussi dans un même paragraphe, ne peuvent pas être l'œuvre d'un législateur, c'est plutôt, un recueil des lois d'origines diverses, réunies et commentées (à l'orientale) par un juriste de ce temps. Ce juriste étudie chaque paragraphe, chaque fragment d'une loi, à part, sans s'intéresser de savoir si ces lois ou ces commentaires concordent ou non ensemble. Pour s'en convaincre il suffit de leur comparer les commentaires des docteurs musulmans sur le Coran (qui ne sont sûrement pas les créateurs de cette méthode), pour constater que, non seulement, il y a contradiction dans leur interprétation d'un verset à un autre, mais aussi dans un même verset, côte à côte, se trouvent les contradictions les plus manifestes.

Voici en quoi consiste leur procédé.

1° Ils prennent le verset dans son ensemble en le séparant de tout ce qui précède ou qui suit, et en donnent une interprétation générale.

2° Ils sectionnent le verset en fragments et chacun suivant sa mentalité donne à chaque fragment un sens particulier entièrement différent. En sorte que le résultat de cette interprétation sera en contradiction avec la première.

3° Puis ils prennent à part des mots, ou des parties des phrases et leur donnent une explication différente, soit en usant de l'analyse grammaticale, soit en établissant des comparaisons avec des dictons populaires.

Cette opération aboutit à une interprétation toute différente des deux premières. De telle sorte que le texte original se perd dans les détails et les contradictions. Nous avons vu des spécimens de ce genre de littérature dans les commentaires de Baïdawy et de Zamakhchary.

Il en est ainsi du Coutumier Syrien. Si nous comparons les différents textes de ce livre entre eux, ou les lois d'un même texte entre elles, nous sommes amenés à faire les mêmes constatations. En adoptant l'opinion de ceux qui disent que le texte arabe est tiré du syriaque (1) rapprochons le § I du texte arabe avec le paragraphe correspondant du texte syriaque. Nous remarquons que le texte syriaque est bref; en quelques lignes, il expose le principe et énumère les héritiers, tandis que le texte arabe développe *l'original* dans une proportion considérable. Voici un spécimen :

« § 1) Si un homme meurt laissant des enfants : fils ou filles, ces enfants lui succéderont » le garçon prendra les $\frac{2}{3}$ de l'héritage et la fille le $\frac{1}{3}$ (cette dernière phrase manque dans le texte arabe).

S'il a fait un testament il donnera au fils ce qu'il voudra, mais aux filles il donnera à chacune un Djihaz (Ici le texte arabe ajoute des développements inattendus) (et qu'il divise sa succession en quatre : Il pourra alors donner un quart aux pauvres, réservera un quart pour le Djihaz des filles et il pourra faire alors de trois quarts

1. A notre avis les différents textes sont tirés d'un même original grec, non pas par ordre officiel mais par des hommes de loi où chaque auteur a tiré de l'original ce qui lui parut intéressant et l'a commenté à sa manière. Pour ce qui est du texte arabe, il n'est sûrement pas tiré du syriaque pour les raisons suivantes :

1° Le texte arabe est de beaucoup plus long que le texte syriaque et contient des matières qui n'existent pas dans ce dernier.

2° Dans le texte arabe nous rencontrons des mots grecs, transcrits en arabe avec leur équivalent en arabe. Ce qui dénote que l'auteur connaissait la langue grecque, v. § I.

3° Les paragraphes ne correspondent pas du tout d'un texte à un autre.

ce qui lui plaira et donner à son fils ce qu'il voudra et notre Sunna ordonne que les fils prennent les $\frac{3}{4}$ de l'héritage et si le père désirait donner par préciput quelque chose à ses filles il le pourra).

Le reste du texte syriaque correspond au n° 2 à 7 (§ I a) avec quelques différences de détails. Mais le texte arabe continue toujours à classer et reclasser les différents héritiers dans un désordre complet (v. § I, n° 7 à 8) et b et c. V. aussi le texte lui-même dans l'original où il y a beaucoup de détails que nous n'avons pas cru utile de relever ici).

2° Toutes ces lois diverses procèdent du même esprit. Elles partent du principe de la conservation des biens dans la famille en prenant toujours en considération la parenté masculine et en reléguant au dernier rang la parenté féminine, avec toutefois un certain correctif en faveur de certaines proches parentes du défunt (filles, mère, etc.).

3° Il y avait en Syrie des coutumes diverses dont les unes accordent la vocation héréditaire aux filles (§ I a, n° 1) et les autres les font exclure par les fils (§ 51, n° 1 et 2).

4° Dans les tribus où les femmes concourent avec les hommes, la part de l'homme est le double de celle de la femme si tous les deux sont du même rang par rapport au défunt.

Avant d'aborder l'étude des ordres des successibles, examinons les conditions que doit remplir un successible pour venir utilement à l'héritage :

Conditions requises pour succéder. — La loi énumère un certain nombre des conditions que doit remplir tout successible prétendant à la succession, nous retenons les principales :

1) Il faut être le plus proche parent du défunt. La loi répète à différentes reprises que le plus proche exclut le plus éloigné (§§ I, 19, 44) (1).

1. V. Sur la représentation, *infra*. Troisième partie, titre II, ch. IV.

II) Il faut être enfant légitime. Les enfants naturels et les enfants adultérins n'ont aucun droit à la succession de leur père (§§ 5, 53, 54). Il en était de même des enfants nés d'une femme mariée sans mahr (§§ 17, 18, 73); mais le législateur paraît avoir relevé ces enfants de leur incapacité successorale, en faveur de certains pays d'Orient où l'usage était de se marier sans Djihaz, ni mahr, ni convention écrite (§ 52).

III) N'être pas indigne: L'indignité prévue par la loi a un caractère d'ordre tout différent de celle prévue par les législateurs modernes. En effet, pour exclure les indignes, les législateurs modernes, prennent en considération leur conduite à l'égard du défunt, tandis que la loi syrienne procède d'un tout autre ordre d'idées. C'est plutôt une mesure de police et de protection émanant des considérations d'ordre public et de bonnes mœurs. Elle distingue ainsi deux catégories d'indignes:

a) *Les personnes d'une conduite dégradante*: Sans distinction de sexe, ces indignes sont:

1° Les prostitués et les débauchés; 2° Ceux qui exercent des professions de charlatan, de monteur d'animaux, de cirque, etc.; 3° Tout homme et toute femme qui provoquent les gens à la débauche (raccolage).

Cette catégorie de personnes est exclue, parce que, dit la loi (§ 5), il est indigne d'une personne de laisser son héritage à des enfants ou à des parents lâches.

b) *Les personnes qui contreviennent aux prohibitions d'unions entre proches parents et toutes celles qui y participent à ces unions d'une façon quelconque*. Ce sont: 1° Les époux eux-mêmes; 2° Les enfants issus de ces unions; 3° Toutes personnes successibles ou non qui assistent à ces mariages ou qui participent au repas nuptial, ou ayant connu le projet des futurs ne les ont pas empêchés de commettre ce crime.

Toutes ces personnes ne pourront rien recevoir de l'héritage des époux, ni *ab intestat*, ni par testament. Les époux perdent le droit de disposer par testament

envers qui que ce soit ; à leur décès, leurs biens tombent dans le trésor public (§ 53). Toutefois la loi fait une exception en faveur des enfants nés d'un mariage légitime précédemment contracté par le père et dissout par la mort de l'épouse. Si leur père contracte un nouveau mariage illicite, les enfants du premier lit succéderont à leur père et ne tomberont pas sous le coup du paragraphe 53 parce que, dit la loi, les enfants ne peuvent pas empêcher leur père de violer les prescriptions légales (§ 54).

IV) N'être pas esclave.

V) N'être pas émancipé: L'émancipation fait exclure l'enfant émancipé de la famille de son père. Il devient complètement étranger à tous ses parents naturels. Non seulement il ne peut plus prétendre à l'héritage de ses parents, mais ceux-ci, encore, n'auront aucun droit sur son héritage (§ 21) (1).

Remarquons que l'émancipation peut émaner soit du père, soit, à son défaut, du grand-père (§ 93).

Cette façon d'exhérer les enfants en les retranchant de la famille s'applique aussi bien aux enfants légitimes qu'aux enfants adoptifs (§§ 102 et 115).

VI) N'avoir pas une religion différente de celle du défunt (*supra*, § 27).

VII) *Condition spéciale à la veuve*. — La veuve qui se remarie avant l'expiration du délai de viduité (dix mois), encourt la honte et sera exclue de la succession de son mari prédécédé (premier mari) et perdra tout ce qu'elle aurait pu recueillir de lui soit par testament soit par waqf (§ 58).

1. Ce fut aussi le cas de l'émancipé d'après le droit romain du moins avant la période classique: C. f. M. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, p. 152 et ss. Paris, 1917.

Les différents ordres d'héritiers

A la différences des législations modernes des pays civilisés, qui ne font aucune distinction entre les héritiers mâles ou femelles du défunt; la loi syrienne distingue d'une part les héritiers Acebs et d'autre part, les héritiers par les femmes (Dhawi Al-Arham des musulmans).

Tout le système de la loi repose sur l'idée de la conservation des biens dans la famille (Coutumier Syrien, préface et § I).

Les *Acebs* sont appelés par la loi les héritiers proches du défunt, c'est-à-dire, tous les hommes et toutes les femmes, descendants, ascendants ou collatéraux du défunt et rattachés à lui directement, ou par un parent mâle de son côté, ou du côté du père (§ I et 19). Ce sont les agnats et les agnates au droit romain (1).

Les *parents par les femmes* sont les descendants mâles et femelles d'une fille ou d'une sœur du défunt, de sa tante paternelle, etc. Ce sont, dit la loi, les parents éloignés (étrangers), du défunt.

Avant de passer à l'étude du cas normal, de la succession du père de famille, examinons succinctement la dévolution de l'héritage de la mère (ou de la femme en général). Cela nous aidera un peu à comprendre l'économie de la loi pour ce qui concerne la succession du père.

La succession de la mère ou de la femme en général : La loi met la femme dans une situation qui paraît au premier abord bizarre, mais parfaitement logique et découle, comme nous le verrons plus tard, du système même de la dévolution successorale entre parents. La femme n'est ni complètement étrangère à ses enfants et à son mari, ni entièrement liée à ceux-ci. Elle est dans une situation intermédiaire, qui la fait dépendre à la fois

1. V. M. Cuq, *op. cit.*, p. 130 et ss.

de ses propres parents et de la famille de son mari. C'est ainsi que ses enfants par exemple, ne recueillent pas toute sa succession mais seulement une partie, l'autre partie devant retourner à la famille de son père. La loi désigne comme successeurs à la femme les héritiers suivants, lesquels concourent les uns avec les autres (au premier degré seulement).

1. *Les enfants, l'époux et le père*: Nous savons déjà que l'épouse possède des biens de deux sources: le Djihaz qu'elle apporte de chez ses parents, et le mahr à elle donné par son mari. Le Djihaz et le mahr reçoivent l'un et l'autre une destination toute différente. Tandis qu'à la mort de la femme, le Djihaz tout entier passe à ses enfants jusqu'au troisième degré inclusivement (§ 44, n° 1,2) le mahr, au contraire, est partagé entre ses enfants et son époux d'une part, et ses père et mère ou à leur défaut à la famille du père d'autre part (§ 44, n° 3). La part de ceux-ci est, généralement, la moitié, l'autre moitié restant à l'époux et aux enfants suivant les circonstances (§§ 44, 51).

A défaut d'enfants, le mahr et le Djihaz reçoivent chacun une destination spéciale. Ici les paragraphes 44 et 51, contiennent des dispositions contradictoires. Tandis que le paragraphe 44 décide que dans ce cas le mari prend le Djihaz et la moitié du mahr, l'autre moitié revenant à la famille du père de la défunte, le paragraphe 51 décide au contraire que le mari recueille le mahr et la moitié du Djihaz, l'autre moitié revenant à la tribu du père de la défunte.

N.-B. : Si une femme non mariée ou veuve et sans enfants, meurt, ses successeurs naturels sont d'abord ses père et mère et ses frères et sœurs (concourent ensemble) à leur défaut la famille du père, le plus proche excluant le plus éloigné (§ 1^{er} c. 1 et le reste du paragraphe dans l'original.)

Succession du père de famille: Si nous classons quelques-unes de dispositions de ces lois relatives aux

héritiers par ordre de préférence, leur économie devient plus intelligible et mieux saisissable :

La loi de Doura classe les héritiers dans l'ordre suivant :

- 1^o Les enfants ;
- 2^o Le père ;
- 3^o La mère : à condition qu'elle ne soit pas remariée ;
- 4^o Les frères et sœurs consanguins de père ;
- 5^o Les frères et sœurs consanguins du défunt ;
- 6^o Le grand père paternel ;
- 7^o La grand'mère paternelle ;
- 8^o Le cousin du côté du père ;

Le paragraphe 1^{er} (1 à 8) du Coutumier Syrien les classes ainsi :

- 1^o Les enfants (garçons et filles) ;
- 2^o Le père ;
- 3^o Les frères et sœurs du défunt. La mère reçoit une part d'enfant ;
- 4^o Les oncles paternels ;
- 5^o Les enfants des oncles paternels ;
- 6^o Les enfants des sœurs du défunt ;
- 7^o La tante paternelle ;
- 8^o Les fils de la tante paternelle ;
- 9^o Les filles de la tante paternelle ;

Le paragraphe 19 du Coutumier Syrien les classe ainsi :

- 1^o Les enfants fils et filles (il n'y a pas d'ascendants) ;
- 2^o Les frères (*Ikhwat*) du défunt ;
- 3^o Les enfants (*Awlād*) des frères (*Ikhwat*) du défunt ;
- 4^o Les oncles paternels ;
- 5^o Les enfants (*Awlād*) des oncles paternels ;
- 6^o Les enfants (*Awlād*) des filles du défunt ;
- 7^o Les enfants (*Awlād*) des sœurs du défunt.

Ces tableaux exigent certaines remarques :

- 1^o Contrairement à la loi de Doura, les paragraphes 1^{er} et 19 du Coutumier Syrien gardent le silence sur

deux personnes particulièrement intéressantes, pourtant : le grand père paternel et la grand' mère paternelle. Est-ce à dire que ceux-ci n'avaient rien à réclamer à la succession de leurs descendants ? Nous ne le croyons pas. Ce silence ne résulte sûrement que d'un oubli, non pas du législateur, mais de celui qui a collectionné ces sentences qui forment le Coutumier Syrien. En effet, outre que le paragraphe 100 met le grand père après le père pour les protestations contre les dispositions testamentaires du défunt, le paragraphe 68, n° 3 déclare nettement qu'il est interdit à l'homme de disposer par testament en faveur des étrangers et au détriment de son père ou de son grand père, encore vivants. Les n°s 1 et 2 prévoient le même cas pour la femme et en décident de la même façon. Si le grand-père paternel hérite, il est tout naturel que la grand' mère hérite, elle aussi, puisque, les sœurs, les tantes, etc., viennent, elles aussi, à la succession, à plus forte raison la grand'mère paternelle.

2° Même omission pour le veuf ou la veuve. Mais outre que les paragraphes 44, 51, 52 affirmant cette dévolution successorale entre époux, le paragraphe 46 : a, prévoit un certain nombre de successibles qui concourent les uns avec les autres : la mère, l'épouse et les cousins paternels ; et ajoute que si une femme meurt laissant un époux, une mère et un frère sa succession sera divisée en quatre parts égales : on donnera à chaque héritier une part ($1/4$), et le quart restant dévoluera aux pauvres. Ce n'est pas tout : le paragraphe 58 laisse entendre que la veuve a le droit de prendre part à la succession de son mari prédécédé, par contre il ne nous dit pas qu'elle sera alors sa part. Viendrait-elle au premier, au second ou au troisième rang ? Recueillerait-elle des biens meubles ou immeubles ? Autant de questions que l'auteur passe sous silence. Il est, en effet, de toute première utilité de savoir quelle fut la part de ces héritiers et surtout son montant en présence d'un ou de plusieurs enfants ou d'autres successibles. Il est cer-

tain que toutes ces questions ont été prévues et résolues puisque la question était posée. En outre puisque la loi prévoit la successibilité de la femme à son mari, il serait extraordinaire qu'il n'y eût pas eu réciprocité entre époux, c'est-à-dire, que le mari succédait, lui aussi, à sa femme prédécédée ;

3° La loi est encore obscure sur le cas de l'enfant adoptif. Il est vrai que les paragraphes 102 et 115, le supposent comme le fils de l'adoptant ; mais il reste beaucoup de choses à savoir sur la condition de cet enfant, non seulement dans sa nouvelle famille, mais aussi dans sa famille d'origine. Sera-t-il exclu, par exemple de sa famille d'origine, comme le sera l'enfant émancipé ? ou au contraire aura-t-il eu le droit de participer en même temps, à la succession des deux familles ? et même dans sa nouvelle famille, quel rapport s'établira entre lui et ses enfants, et les enfants légitimes de son père adoptif ? Est-ce qu'il y aura par exemple, vocation héréditaire entre lui et ses descendants d'une part, et eux et leurs descendants d'autre part ? Nous nous contentons de signaler ces lacunes, en attendant la découverte d'autres sources qui nous permettront d'examiner de plus près cette législation et partant de signaler les emprunts à elles faite en ces sens, par les docteurs musulmans.

4° Si nous n'avions que les paragraphes 1^{er} et 19 du Coutumier Syrien, nous serons tentés de croire, comme l'a fait M. Haussoullier, pour la loi de Doura, que ces héritiers succèdent les uns après les autres suivant l'ordre du tableau ; le plus proche excluant le plus éloigné. Il n'en est rien cependant. Voici pourquoi :

Qu'est-ce, au juste, que le degré de successibilité d'après ce Coutumier ? Le paragraphe 1^{er} c. 1 nous fournit ce précieux renseignement qui concorde parfaitement avec ce que nous savons des paragraphes suivants : « Si un homme meurt, son héritage passe à ses père et mère et à ses frères et sœurs : *c'est le premier degré*

des successibles, etc. » Cela paraît en contradiction avec un autre fragment du même paragraphe (§ 1^{er} b. 1) : « *Au premier degré : les fils et les filles ; ce sont les enfants du défunt* ». Mais en réalité c'est une inadvertance de l'auteur, il ne s'agit pas ici de classer les héritiers par ordre comme il le dit, au contraire il s'agit simplement de montrer que les filles concourent avec les fils puisque filles et fils sont les enfants du défunt. Dans les autres cas les femmes ne concourent pas avec les hommes (En quoi du reste l'auteur a tort de généraliser et se contredit lui-même, comme nous le verrons plus tard), en voici la preuve : « *au second degré et aux degrés suivants, les femmes sont exclues par leurs frères ou les enfants de ceux-ci. Les femmes ne concourent qu'avec leurs frères et sœurs* » (§ 1^{er} b. 2). Donc les frères et sœurs viennent ensemble à la succession. Dans l'esprit de l'auteur, cela veut simplement dire que le père, la mère, les frères et les sœurs du défunt ne s'excluent pas mutuellement. D'abord la mère concourt avec les frères et sœurs du défunt (§§ 1^{er} a 4 et 18-3). Elle concourt aussi avec le père (§ 44-3) (1). Le père et la mère concourent avec leurs enfants (§ 44-1 à 4). Ce n'est pas tout. Si le père paraît exclure les oncles paternels et peut-être aussi les frères et sœurs du défunt. Les textes en effet, ne prévoient nulle part un cas où le père et les frères et sœurs concourent ensemble, sauf cette disposition générale : « *Si une femme meurt son héritage passe à ses père et mère et à ses frères et sœurs : c'est le premier degré des successibles* » (§ 1^{er} c. 1). Mais c'est une de nombreuses déféctuosités de la méthode d'interprétation de l'auteur. En effet, si l'on voulait s'en tenir aux termes et décider, comme le fait M. Haussoullier, que les héritiers viennent à la succession les uns après les autres d'après l'ordre de l'énumération établie par le texte, on serait forcé, par cette simplification, de reconnaître que cette énumération est contradictoire, d'un fragment à un autre, du même paragraphe, et l'on

tomberait ainsi dans une impasse de laquelle il serait bien difficile, voire même impossible, de sortir. En effet, l'auteur du paragraphe 1 du Coutumier Syrien, après avoir énuméré les héritiers dans l'ordre suivant les *enfants*, le *père*, la *mère*, les *frères et sœurs*, etc., les énumère, un peu plus loin, d'une façon différente : « si le défunt ne laisse ni *père*, ni *mère*, ni *enfants*, ni *frères*, ses *oncles* paternels lui succéderont (1) (§ 1^{er} à 6). » C'est ainsi qu'il met le père et la mère avant les enfants du défunt. Et nous venons de les voir toutes ces personnes concourent ensemble. Comment concilier tout cela sinon en s'inspirant des idées fondamentales qui se dégagent de la combinaison de tous les textes de cet ouvrage ? Il n'en est pas de même de la mère. Celle-ci concourt, non seulement avec les oncles paternels, mais aussi avec les fils de ces derniers. Dans ce cas elle prend les deux tiers de l'héritage et les autres prennent le reste (§ 89-1).

Cela veut dire aussi que les femmes de la classe des Acebs ne succèdent pas au défunt en présence des mâles de la même classe (sauf les filles et les sœurs du défunt, lesquelles, à cause de leur proximité de celui-ci, sont placées dans une situation privilégiée) Le § 19 (n° 5 et 6) est formel sur ce point : « De toute la lignée Aceb les hommes (les mâles) seuls lui succèdent et non les femmes (en présence d'Acebs mâles). A défaut des mâles (Acebs) ; les femmes Acebs lui succéderont ».

5° Tous ces textes emploient les mots « enfants » (Awlad) et « fils » (Abna), pour désigner indifféremment, tantôt les « fils », tantôt les « fils » et les « filles ». Il

1. Au surplus. Voir aussi Coutumier Syrien, paragraphes 44, 51 et 62. Ce dernier paragraphe (62) dispose que la femme aura le droit de réclamer sa part de la succession de ses enfants, lorsqu'elle a eu trois ou quatre enfants.

2. Et les sœurs du défunt ? Nous avons vu pourtant que les sœurs concourent, elles aussi, avec leurs frères.

en est de même du mot « frères » (Ikhwat), lequel et tantôt employé pour désigner les « frères et sœurs », tantôt pour désigner les « frères » seulement (1). Comment éclaircir cette confusion ? Il n'y a, à notre avis, qu'un seul moyen de sortir de cette impasse. C'est de prendre en considération les principes généraux et notamment ceux posés par les paragraphes 1^{er} et 19 : « Au second degré et aux degrés suivants, les femmes sont exclues par leurs frères et les enfants (fils) de ceux-ci. Les femmes ne concourent qu'avec leurs frères et sœurs » (§ 1^{er}, 6, 2.). « De toute la lignée Aceb, les hommes seuls succèdent et non les femmes (si celles-ci sont en présence d'Acebs mâles » (§ 19-5 et 6).

Ce qui justifie aussi cette combinaison, c'est que les mots « Awlad » ou « Abna » s'emploient dans la littérature arabe, pour désigner tantôt les fils, tantôt les fils et les filles et même toutes les personnes d'une même famille ou d'une même tribu ou d'une même ville ou même de tout un pays et même tous les habitants humains de la terre. C'est ainsi que nous disons, en arabe, les enfants ou les fils de Hobaiter (2), de Moàd (3), de Amioun (4), de Beyrouth, de France ou de la terre par exemple, pour dire, les descendants de la famille de Habaïter, de Moàd ; les habitants d'Amioun, de Beyrouth, de France, de la terre (5) etc. Il en est de même du mot « Ikhwat » (frères) qui s'em-

1. V. notamment les paragraphes 1^{er} et 19 et les tableaux ci-dessus, *supra*.

2. Nombreuse famille du Liban qui comprend plus de dix mille personnes divisée en trois branches : la famille Haddad (à Ghazir et Aley), la famille Boulos à Kafer-Acca, et la famille Hobaiter à Kaftoune (une partie de cette dernière habite depuis près d'un siècle la Pologne).

3. Une nombreuse famille libanaise (plus de vingt mille personnes).

4. Petite ville du Liban-Nord.

5. Du reste nous l'avons vu, le Coran dit (ô Abnâ Adam) pour dire ô descendants d'Adam.

plioient, tantôt pour désigner les frères seuls, tantôt pour désigner les frères et sœurs, etc.

6° Ces tableaux ne parlent pas du tout des petits-enfants. Et pourtant le § 1^{er} a 7 accorde des droits successoraux aux enfants des sœurs du défunt. Mais le § 44 (n° 1 et 2) nous dit que, la succession passe à défaut d'enfants, aux petits-enfants jusqu'à la troisième génération.

7° La même omission pour la représentation : Les enfants d'un enfant prédécédé représentent-ils leur père dans la succession du grand père paternel, en présence d'oncles paternels ? Si l'on s'en tient au principe, cent fois répété : « Le plus proche exclut le plus éloigné » ; on serait tenté de croire à l'exclusion absolue de ces petits-enfants. Il n'en est rien cependant. Le § 52 nous dit d'une façon nette et précise, juste le contraire : « Si un homme meurt sans enfants, laissant pour héritiers des frères vivants et des enfants des frères décédés ; les enfants de ces derniers prendront la place de leur père respectif et recevront la part de succession revenant à leur auteur, en concurrence avec leurs oncles paternels et leurs tantes paternelles ». S'il en est ainsi entre les collatéraux, il doit en être de même, à plus forte raison, entre les descendants du défunt.

Inutile d'insister davantage. On voit clairement que par le fait même que la mère, le père, la veuve ou le veuf et les ascendants en général, concourent avec les descendants à l'infini ou avec les collatéraux paternels, toute classification simple devient illusoire. Toutefois une classification qui simplifie un peu les choses, serait de les classer en héritiers Acebs et héritiers non Acebs (ou Dhawi Al-Arham).

Les Acebs : seraient tous les descendants (hommes ou femmes), tous les ascendants (hommes ou femmes) et tous les collatéraux (hommes ou femmes), qui se rattachent au défunt directement ou par un mâle.

Les non-Acebs : seraient ceux qui se rattachent au défunt par une femme. Cette catégorie ne vient à l'héritage qu'en l'absence de tout successible de la première catégorie. De plus à la différence des Acebs, les non-Acebs se partagent la succession entre eux sans aucune distinction de sexe. En d'autres termes, le privilège de masculinité ne leur est pas applicable, ni dans le sens de double part entre garçon et fille, ni dans le sens de l'exclusion des femmes par les mâles.

En outre il y a un principe fondamental à la base du partage des biens entre cohéritiers, c'est que dans le cas où les Acebs concourent ensemble et qu'ils sont du même rang, le mâle prend le double de la part d'une femme.

Nous procéderons donc dans cet esprit, et nous donnerons ensuite un exemple où les héritiers : ascendants descendants et collatéraux, concourent ensemble. Ce qui nous servira de guide pour comprendre certaines subtilités du système successoral des Imams musulmans.

Les héritiers Acebs succèdent dans l'ordre suivant :

- | | |
|---|--------------------------------|
| a) 1 ^o Les fils et les filles ; | En concours avec la veuve, |
| 2 ^o Les fils et les filles du fils ; | les père et mère du défunt et |
| 3 ^o Les fils et les filles du fils du fils, etc ; | tous les ascendants du côté |
| b) 1 ^o Les frères et sœurs du défunt (1) ; | du père, le plus proche |
| 2 ^o Les fils du frère, ou des frères du défunt ; | exclut le plus éloigné. Et |
| 3 ^o Les fils du fils du frère du défunt, etc. ; | chaque ascendant paternel |
| c) 1 ^o Le père et la mère ; | vient à la succession avec sa |
| 2 ^o Le grand-père paternel et la grand'mère paternelle, etc., etc. ; | femme, si elle est encore |
| | vivante (2) ; et si elle n'est |
| | pas primée par la mère ; |

1. Pour éviter les complications, nous supposons que les frères et sœurs sont tous germains.

2. Nous supposons toujours le cas d'un mariage monogamique ou du moins le cas où tout ascendant n'a, en fait, qu'une femme.

- d) 1° Les oncles paternels ; En concours avec la mère et la veuve du défunt.
 2° Les fils des oncles paternels ;
 3° Les fils des fils des oncles paternels ;
 e) Les ascendants mâles des oncles paternels : le plus proche excluant le plus éloigné, etc.

Les héritiers non Acebs :

- a) Les fils et les filles des filles du défunt.
 Les fils et les filles des fils ou des filles de la fille du défunt, etc.
 b) 1° Les fils et les filles de la sœur du défunt et les filles des frères du défunt.
 2° Les fils et les filles du fils ou de la fille de la sœur du défunt, etc.
 c) 1° La tante paternelle.
 2° Les filles des oncles paternels et les fils de la tante paternelle et ses descendants mâles.
 3° Les filles de la tante paternelle (§ 1^{er} a 8), etc.
 Il est inutile d'aller plus loin, puisque pour les autres successibles on procède de la même façon suivant son degré de parenté par rapport au défunt.
 Voici un spécimen de ces concours complexes et que nous retrouverons plus tard, en droit musulman :
 1° Les fils et les filles concourent avec le père ou la mère du défunt et avec l'époux ou l'épouse (survivant) ;
 2° Les fils et les filles concourent avec le grand-père paternel et la grand'mère paternelle, et l'époux ou l'épouse (survivant) ;
 3° Les fils et les filles des fils concourent avec le grand-père paternel et la grand'mère paternelle et l'époux ou l'épouse (survivant) ;
 4° Les fils et les filles des fils du fils concourent avec

l'arrière-grand-père paternel et l'arrière-grand'mère paternelle, et l'époux ou l'épouse (survivant);

5° Les fils et les filles des fils des fils du fils à l'infini concourent avec l'arrière-arrière-grand-père et l'arrière-arrière-grand'mère à l'infini et l'époux ou l'épouse (survivant).

Dans ces conditions on ne s'étonne plus de voir les docteurs musulmans discuter des cas où l'ascendant au cinquième degré succède ou non à un descendant au cinquième degré décédé sans enfants.

On peut en dire autant du concours d'ascendants avec les frères et sœurs du défunt et leurs descendants et l'époux ou l'épouse du défunt ou de la défunte. Nous n'insistons pas.

Il est facile de remarquer que, tout incomplets soient-ils, ces documents présentent les éléments nécessaires pour constituer un système méthodique de la dévolution successorale, fondé sur la conservation des biens dans la famille avec une certaine tendance vers l'extension de la conception familiale au delà du cadre patriarcal, et par là présentent un progrès considérable sur l'organisation de la famille chez les nomades du désert. Ce qui est du reste parfaitement logique. La vie de cité, le progrès de la civilisation, la sécurité et la tranquillité du citoyen, ont été autant de stimulants pour favoriser le lien naturel du sang, tout en gardant la conception primitive de la parenté mâle par le mâle. Chez le peuple d'Israël comme chez les anciens Arabes, les parents par les femmes n'avaient aucun droit à l'héritage; en Syrie, ils en ont un, incomplet, il est vrai, mais il existe et c'est l'essentiel (1).

1. Il est intéressant de remarquer que les parents par les femmes admis à succéder par Abou Hanifa, ne le sont pas par Malek, c'est-à-dire dans la législation qui prévalut à Médine et au désert.

CHAPITRE II

LES DISPOSITIONS CORANIQUES RELATIVES A LA SUCCESSION « AB INTESTAT »

Les versets relatifs à la succession *ab intestat*, réunis dans la Sourat *ennisa*, à l'époque de la rédaction du Coran, loin de constituer un système quelque peu complet sur la dévolution successorale, ne sont qu'un recueil des décisions jurisprudentielles sur des cas d'espèce. Le prophète avait à répondre aux exigences de circonstances et n'avait, semble-t-il, aucune préoccupation théorique. Des plaintes se présentèrent de la part de certains croyants évincés par d'autres plus puissants et Mohammad dut intervenir en leur faveur.

Nous venons de voir qu'à Médine les vieillards, pères et mères étaient très peu considérés par leurs enfants; les biens des orphelins dilapidés par des tuteurs infidèles. C'est ainsi que le législateur musulman trancha chaque différend suivant les circonstances de fait qui l'accompagnaient. Cela résulte de ces dispositions elles-mêmes, inscrites immédiatement après les récriminations adressées à ces différentes personnes. Au surplus, lorsqu'un législateur veut établir un système méthodique, il est tout naturel qu'il commence par le cas normal pour aboutir au cas le moins fréquent, en matière de succession comme en toute autre matière. Or, dans ces dispositions, il n'en est pas ainsi. Les fils du défunt, par exemple, n'y sont prévus qu'incidemment et aucune réserve n'est fixée en leur faveur d'une façon directe, tandis que d'autres moins intéressants, ont une part fixe et nettement déterminée. En somme, l'attention du pro-

phète se porta vers un certain nombre de personnes dont les droits ont été méconnus ou mal définis et leur assigna une part. C'est ainsi qu'il fixa la part de la fille, du père, de la mère, de la sœur, du frère, etc., mais il ne parla qu'incidemment du fils et pas du tout du petit-fils, des ascendants autres que les père et mère, et des collatéraux autres que les frères et sœurs. Ces dispositions n'ont donc pas la valeur d'un système. Nous verrons plus tard ce que les Imams ont fait de tout cela. Nous nous contentons pour le moment d'examiner les cas qui y sont prévus.

Pour faciliter les références nous sectionnerons ces versets en fragments, en donnant à chaque fragment, un numéro artificiel, comme nous l'avions fait pour les coutumes syriennes. Ces versets sont au nombre de cinq. Voici en quoi ils consistent :

v. 12 : « 1^o Dieu vous commande, dans le partage de vos biens entre vos enfants, de donner au garçon la part de deux filles ;

2^o S'il n'y a que des filles et qu'elles soient plus de deux, elles auront les deux tiers de la succession ;

3^o S'il n'y en a qu'une, elle recevra la moitié ;

4^o Les père et mère auront chacun le sixième de la succession si le défunt laisse un enfant ;

5^o S'il n'en laisse aucun et que ses père et mère lui succèdent, la mère aura un tiers ;

6^o S'il laisse des frères et sœurs, la mère aura un sixième, après que les legs et les dettes du défunt auront été acquittés, vous ne savez pas qui de vos père et mère ou de vos enfants vous sont plus utiles. Telle est la loi de Dieu. Il est savant et sage. »

v. 13 : « 1^o A vous (hommes) la moitié de ce que laissent vos épouses si elles n'ont pas d'enfants ;

2^o Si elles ont des enfants, vous aurez le quart, après que les legs et les dettes auront été acquittés. »

v. 14 : « 1^o Elles (vos épouses) auront le quart de ce que vous laissez si vous n'avez pas d'enfants ;

2° Si vous avez des enfants, elles obtiendront le huitième de votre succession, après que les legs et les dettes auront été acquittés. »

v. 15 : « 1° Si un héritage est recueilli par *kalalat* et que le défunt, homme ou femme ait un frère ou une sœur, chacun d'eux obtiendra un sixième ;

2° S'il y a plusieurs frères et sœurs, ils seront associés au partage du tiers, une fois les dettes et les legs acquittés. »

v. 175 : « 1° Ils te consulteront. Dis-leur : Dieu vous instruit du cas de *kalalat*. Si un homme meurt sans laisser d'enfants et qu'il ait une sœur, celle-ci prendra la moitié de tout le patrimoine ;

2° Lui aussi sera son héritier si elle n'a aucun enfant ;

3° S'il y a deux sœurs, elles auront deux tiers de ce que le défunt aura laissé ;

4° S'il laisse à la fois des frères et des sœurs : hommes et femmes. On donnera au mâle la part de deux femmes. Dieu vous l'explique pour que vous ne vous égariez. Dieu sait toutes choses. »

Le mot *Kalalat* (1) que l'on remarque dans le texte est un de ces mots mystérieux que l'on rencontre parfois dans le Caran et dont le secret reste entre les mains de Dieu et de son prophète. Il est intraduisible en français, comme en Arabe. Mohammad, dit-on, n'a voulu rien savoir lorsqu'on lui demanda l'explication de ce mot. Les docteurs, eux, se sont ingéniés à lui trouver un sens et ils ont formulé tant d'hypothèses diverses et contradictoires, qu'il est inutile d'y insister. Du reste ce mot paraît être superflu et purement et simplement ajouté pour donner plus de résonnance à la phrase. N'ayant ni sens, ni racine, ni équivalent en Arabe, nous n'en tiendrons pas compte (2).

1. M. Marçais, *ouv. cité*, p. 139 et ss.

2. Nous n'ignorons pas qu'on pourrait lui trouver une racine, comme *Kalla*. Mais ce mot veut dire, s'épuiser, se fatiguer inu-

Il semble qu'il y ait une contradiction entre les versets 15 et 175. Tous deux prévoyant le même cas disposent différemment. Dans le v. 15, le frère et la sœur sont mis sur un pied d'égalité; chacun prendra un sixième de l'héritage de l'autre, et s'ils sont plusieurs, ils se partageront le tiers. Dans le v. 175 au contraire, le frère obtiendra le double de la part d'une sœur. De plus la sœur, si elle est seule, prend la moitié, s'il y a deux sœurs (ou plus de deux sœurs), elles prendront les deux tiers du patrimoine. Le frère, lui, prendra le tout.

Les docteurs musulmans, pour concilier ces deux textes contradictoires, prétendent que le v. 15 prévoit le cas des frères et sœurs *utérins* (1), tandis que le v. 175 prévoit le cas des frères et sœurs germains ou consanguins. A l'appui de cette interprétation, ils ont cité des hadith attestant que plusieurs compagnons du prophète avaient retenu du v. 15 une récitation légèrement différente et dans laquelle les frères et sœurs étaient spécifiés de « même mère ». Nous savons déjà le peu de foi qu'il faut attacher à ce genre d'interprétation. Cette explication est non seulement arbitraire, mais encore contraire au principe de l'organisation de la famille arabe et aux dispositions coraniques elles-mêmes. Voici pourquoi :

1° Les termes « frère et sœur » sont les mêmes dans les deux versets et rien ne permet de soupçonner l'existence de cette spécification.

2° Les vs. 12 et 13 désignent nettement les père et mère (v. 12, 4, 6) les frères et sœurs (v. 12-6), et les enfants fils ou filles (v. 12 1, 2. 3, 4 et 5. v. 13 : 1 et 2) sans établir aucune distinction entre enfants nés d'un même lit ou de lits différents; ou des frères et sœurs germains ou consanguins ou utérins.

3° Cette spécification serait étonnante et même inutilement, vainement; et n'a aucun rapport avec ce qui est de notre sujet, en l'espèce.

1. M. Marçais, *ouv. cité*, p. 138 et ss.

préhensible dans la bouche de Mohammad. Le silence du prophète sur les frères et sœurs utérins n'est pas l'effet d'un hasard, il est conforme au principe de l'organisation de la famille arabe avant comme après l'Islam. La femme pouvait se marier et se remarier plusieurs fois et jamais elle ne pouvait garder les enfants nés de ces différentes unions. Les enfants appartiennent à leur père respectif, pour perpétuer la race. Entre eux, ils sont complètement étrangers les uns aux autres. Et on ne comprendrait plus alors qu'un fils étranger par son père, à un autre fils de sa mère, né d'un autre, peut-être dans une autre famille, puisse prétendre à des droits sur son patrimoine. Ou bien faudrait-il supposer que la tribu de ces frères et sœurs germains ou consanguins ait été complètement anéantie, ce qui est invraisemblable dans notre cas et rien dans ces dispositions ne nous autorise à aller si loin. En effet, ces versets ne parlent pas de tous les parents. Ils laissent de côté les oncles paternels, les ascendants paternels autres que le père et les descendants paternels autres que les enfants (du premier degré), ce qui présume que les cas de ces personnes ne s'est pas présenté pour qu'on y ait eu le besoin de statuer sur eux et partant il n'y a pas eu des familles ou des tribus entièrement éteintes à l'époque de Mohammad.

En réalité, les choses se sont passées tout à fait autrement. Ce fut, à notre avis, une manœuvre des docteurs Hanafites qui, d'une part, pour légitimer l'introduction des parents par les femmes (les Dhawi. Al-Arham) dans le système successoral musulman, répondant en cela aux aspirations des Syriens ; et d'autre part, pour respecter la conviction des adversaires, qui voulaient s'en tenir à la lettre du Coran et cherchaient une interprétation, même quelconque, à toute disposition coranique, sans s'amuser à les annuler les unes par les autres ; ont inventé cette interprétation ingénieuse qui répondait parfaitement à leur but. Mais il faut remarquer que,

si la manœuvre a bien réussi pour les frères et sœurs utérins, il n'en fut pas de même des autres parents par les femmes. En effet, tandis que les Hanafites ont cherché à tirer de cette source, toutes les conséquences qu'ils désiraient ; les Malikites, qui sont les véritables continuateurs des Médinois, se sont arrêtés là, et n'ont jamais voulu admettre les Dhawi Al-Arham parmi les successibles.

Du reste nous verrons plus tard, en consultant les tableaux des successibles, même ceux dressés par les Hanafites, que les « frères et sœurs utérins » apparaissent comme ajoutés, étrangers parmi les Acebs et les Dhawi Al-Fouroud, et placés là où l'on les attendait le moins.

Comment concilier alors ces deux versets ? A notre avis, deux explications sont possibles, et conformes l'une et l'autre à ce que nous savons des méthodes du prophète.

Première explication. — Ou bien ces deux versets prévoient des cas où les héritiers qui concourent avec les frères et sœurs sont différents dans l'un ou l'autre cas : plus ou moins proches parents du défunt. La quantité a dû varier suivant le degré de successibilité de ces concurrents. Car, en somme, les frères et sœurs du verset 15 n'absorbent que le tiers de la succession ; à qui iront les deux autres tiers ? C'est toute la question. Le verset 12-2 dit que, dans ce cas les filles prendront les deux tiers : « S'il n'y a que des filles et qu'elles soient plus de deux, elles auront les deux tiers de la succession ». Il faut donc supposer que le défunt avait laissé plusieurs filles et des frères et sœurs.

Il en est de même du verset 175. Ce verset prévoit 3 cas :

1^o « Si un homme meurt sans laisser d'enfant et qu'il ait une sœur, celle-ci prendra la moitié de tout le patrimoine » (v. 175-1) ; et l'autre moitié qu'en fera-t-on ? Il faut supposer que le défunt aurait laissé une fille, qui

prendra l'autre moitié en vertu du verset 12-3. « S'il n'y en a qu'une, elle recevra la moitié ».

2° « Lui (le frère) sera son héritier (de sa sœur), si elle n'a aucun enfant » (175-2). La quotité de sa part n'étant pas déterminée; il est inutile d'y insister.

3° « S'il y a deux sœurs, elles auront deux tiers de ce que le défunt aura laissé » (v. 175-3). L'autre tiers sera dévolu nécessairement aux ascendants paternels du défunt. Le verset 12 6 nous dit que dans ce cas la mère aura un sixième: « S'il (l'enfant) laisse des frères et sœurs, la mère aura un sixième ». L'autre sixième ira au père en vertu du même verset: « Les père et mère auront chacun un sixième si le défunt laisse un enfant » (v. 12-4). Il est vrai que le n° 6 du même verset établit une autre proportion, celle de un à deux, entre le père et la mère: « S'il (l'enfant) n'en laisse aucun (enfant) et que ses père et mère lui succèdent, la mère aura un tiers ». Mais on le voit. Cette inégalité de parts entre le père et la mère n'existe que s'ils sont en concours avec des héritiers autres que leurs descendants ou les descendants du défunt. Les enfants et les petits enfants sont mis sur un même plan et sur un même pied d'égalité à cet égard. Ce qui est, comme nous le verrons, conforme à la tradition: « Les fils de nos fils sont nos fils » (1) dit un dicton populaire reconnu par tous les docteurs et encore en usage de nos jours.

Il est vrai que la contradiction subsiste toujours entre ces deux textes, c'est-à-dire, entre l'égalité de parts du frère et de la sœur dans le v. 15 et l'inégalité des parts dans le v. 175. Ce dernier est plus conforme au prin-

1. Tous les auteurs traduisent ce dicton ainsi. En réalité cette traduction est inexacte. Il faut lire les enfants de nos fils sont nos enfants, parce que le texte dit Abnáona et Abnáo Abnáona sont Abná oná. Et nous savons déjà que le mot Abna s'emploie pour désigner, tantôt les deux sexes, tantôt les garçons. Ce sont des notions évidentes, mais qu'il est impossible pour un étranger non averti de comprendre.

cipe posé au début de ces dispositions : « Dieu vous commande dans le partage de vos biens entre vos enfants, de donner au garçon la part de deux filles » (v. 12, n° 1). Et nous préférons l'explication suivante.

Seconde explication. — Ou bien on abroge l'un par l'autre. Le prophète aurait changé d'avis sur la vocation héréditaire entre frères et sœurs et aurait préféré leur appliquer le principe de double part accordé au garçon en présence des filles, comme cela lui arriva souvent et notamment à propos du verset 176 de la Sourat II : « Il est écrit qu'en mourant vous laisserez vos biens par testament à vos père et mère et à vos proches, avec l'équité que doivent avoir ceux qui craignent le Seigneur. » Ce verset, de l'avis même de tous les commentateurs, fut abrogé par les versets 12 et ss. de la Sourat Ennisa.

Il est, croyons-nous, impossible de tirer de ces cas d'espèce un principe fondamental, si l'on veut les séparer de ce qui est à notre avis leur source : les coutumes syriennes par exemple. Le législateur, outre qu'il ne prévoit pas tous les héritiers ou du moins les plus intéressants, n'a suivi aucun ordre naturel dans l'attribution des parts et même en fixant les parts des héritiers qu'ils prévoient a rendu toute classification logique et raisonnable illusoire.

Supposons par exemple qu'un homme meurt laissant pour héritiers : son père, sa mère, son épouse, un frère ou une sœur : le père recevra deux sixièmes (v. 12, n° 6), la mère un dixième (v. 12, n° 6), l'épouse un quart (v. 14, n° 1), le frère ou la sœur un tiers (v. 15) ou une moitié ou le tout (v. 175). Ce qui fait, même en prenant le minimum de part du frère ou de la sœur, plus que ne comprend le patrimoine tout entier. En outre, comment peut-on classer les héritiers dont on ne connaît que quelques-uns sans tomber dans l'arbitraire ? Au contraire en rattachant ces sentences à leur source, elles peuvent s'expliquer merveilleusement. Il est à remar-

quer d'abord que la part prévue pour chaque héritier varie suivant les circonstances. Cette part peut-être $1/6$, $1/3$, $2/3$ ou $1/8$, $1/4$, $1/2$, etc. C'est ainsi que :

Le père en aura les $2/3$ (v. 12, n° 5) ou le $1/4$ (v. 12, n° 3) ou le $1/6$ (v. 12, n° 2). La mère : $1/3$, $1/4$, $1/6$ (v. 12, n° 5, 3 ; 2, 4 et 6).

La fille $1/2$; si elles sont plusieurs $2/3$ (v. 12, n° 1, 2, 3).

Le veuf : $1/2$ et $1/4$ (v. 13, n° 1, 2).

La veuve : $1/4$ et $1/8$ (v. 14, n° 1, 3).

Le frère : $1/3$ (v. 15).

La sœur : $1/3$ (v. 15) ; $1/2$ (v. 175) ou $2/3$ si elles sont deux ou plusieurs (v. 175).

Preons quelques hypothèses pratiques, où un certain nombre des successibles, en concours les uns avec les autres, absorbent la totalité du patrimoine du défunt, et appliquons à ces hypothèses les deux systèmes, celui du Coran et celui du Coutumier syrien.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — Le défunt laisse un fils et une fille.

Solution coranique : Le garçon deux tiers et la fille un tiers (v. 12 n° 1).

Solution du Coutumier syrien : Le garçon deux tiers et la fille un tiers (§ 1, n° 1).

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — Le défunt laisse plusieurs sœurs (quatre sœurs par exemple), son père et sa mère.

Solution coranique : les sœurs obtiendront les deux tiers (v. 175), le père un sixième (v. 12, n° 4, 2, 6), et la mère un sixième (v. 12, n° 4 et 6).

Solution du Coutumier syrien : En appliquant à cette hypothèse le système du Coutumier syrien, nous obtenons le même résultat. Nous avons vu que le § 62 n'accorde à la mère sa part dans la succession de ses enfants qu'à condition qu'elle en aurait eu trois ou quatre. En l'espèce les sœurs du défunt prendront quatre sixièmes, la mère une part d'enfant, un sixième (§§ 1 n° 2 et 88, 3) et le père un sixième... Le texte ne prévoit pas d'une façon précise la part du père. Mais les principes

généraux que nous avons tirés du Coutumier syrien peuvent bien avoir ce résultat. En effet, nous avons vu que ce concours est possible. Or la succession se trouve nécessairement, en l'espèce, divisée en six parts égales. Puisque la mère en aura une part d'enfant, comme il y en a quatre, cela fait cinq sixièmes, le reste doit être attribué au père. Car il n'y a aucune raison, ici, pour donner au père plus de droits qu'à la mère. Celle-ci a rempli les conditions de la loi. Elle a eu quatre enfants suivant le vœu de celle-ci et il n'y a pas de raisons qui permettent d'avantager le père à l'encontre des enfants du défunt. D'autant plus que la loi, partout où elle énumère les successibles, met les enfants au premier plan. En tout cas les décisions coraniques sont des solutions pratiques et jurisprudentielles qui peuvent s'appuyer parfaitement sur les principes généraux du Coutumier syrien et il suffit de rapprocher les paragraphes 1^{er} des paragraphes 19, 88, 89 etc pour avoir la clé de toutes sortes de combinaisons et d'en appliquer la solution à des cas extrêmement variables.

Avant de finir l'examen de l'œuvre de Mohammad dans ce domaine, constatons, qu'à notre avis, le prophète se conformant en cela aux coutumes des Arabes du désert, ne prévoit nulle part (du moins dans ces versets) la vocation héréditaire des parents par les femmes (les Dhawi Al-Ahram) ; tandis que dans le Coutumier syrien ces parents viennent à la succession après l'extinction des parents par les mâles (les Acebs). Cela dénote clairement une grande évolution dans les conceptions fondamentales de l'organisation de la famille et une extension de celle-ci vers les notions plus larges et plus naturelles du lien du sang sans distinction de sexe.

CHAPITRE III

CARACTÈRE JURIDIQUE

Quel est, dans l'esprit de Mohammad, le caractère juridique de ces dispositions au point de vue futur ? En d'autres termes, les a-t-il voulues intangibles, immuables ? Nous ne le croyons pas. Le prophète ne paraît jamais avoir voulu établir par là des règles immuables, destinées à rester indéfiniment telles qu'elles sont. En effet, il lui est arrivé, plusieurs fois, de changer d'avis et de se rétracter. C'est ainsi que, même d'après les commentateurs, les versets 176, 241 et 242 de la Sourat II, par exemple, furent abrogés par les versets 12 et ss. de la Sourat IV : « Il est écrit, qu'en mourant, vous laisserez vos biens, par testament, à vos père et mère, et à vos proches avec l'équité que doivent avoir ceux qui craignent le Seigneur » (v. 176, S. II). « Ceux qui laisseront des épouses en mourant leur assigneront un legs, comme l'entretien pendant une année, et un asile dans leur maison... » (v. 241, S. II). « Un entretien honnête est dû aux femmes répudiées, c'est un devoir à la charge de ceux qui craignent le Seigneur ». Tous ces versets n'ayant plus de raison d'être après la fixation des parts des personnes qu'ils prévoient, dans les v. 12 et ss. de la Sourat IV ; ils sont abrogés. Du reste, tous les docteurs sont de cet avis. Il en est de même, à notre avis, du verset 15 (S. IV), qui a eu le même sort par l'effet du verset 175 (S. IV) lequel statuant sur le même cas dispose différemment. Cela, du reste, est conforme à l'esprit de Mohammad dans tout ce qu'il prescrit dans son

livre (1). Il répète souvent le principe de la possibilité des réformes et en fait, il en a fait l'application à différentes reprises. Voici des exemples :

« Si nous omettions un verset ou si nous en effaçions le souvenir, nous en apporterons un autre semblable ou meilleur. Ignorez-tu que Dieu a le pouvoir de faire toute chose ? » (v. 100, S. II). « C'est lui (Dieu) qui t'a envoyé le Livre. Parmi les versets qui les composent, les uns renferment des préceptes évidents, et sont la base du Livre ; les autres sont obscurs ou contradictoires. Ceux qui sont de mauvaise foi, pour semer la discorde entre les croyants, s'attacheront aux versets obscurs ou contradictoires et chercheront à les interpréter. Dieu seul en connaît le sens. Les hommes consommés dans la science diront : Nous croyons au Coran. Tout ce qu'il renferme vient de Dieu. Ce langage est celui des sages » (V. 5, S. III). « Si nous abrogeons un verset pour le remplacer par un autre, les infidèles t'accuseront d'imposture ; mais Dieu sait ce qu'il envoie, et la plupart d'entre eux sont dans l'ignorance » (2).

Du reste l'attitude des docteurs à l'égard du Coran ne laisse pas de doute sur ce point. Ils ont créé, nous l'avons vu, la fameuse théorie (science) de l'abrogeant et de l'abrogé et en ont fait l'application à plusieurs versets du Saint Livre, et nous allons voir qu'en matière de succession ils ont toujours agi de la même façon et en ont supprimé plusieurs versets qui leur ont paru contradictoires, obscurs ou inutiles. Au surplus cette conduite est conforme à la tradition. D'après la Sunna, le prophète prévoyant les jours où des changements radicaux seraient nécessaires aurait dit : « Je ne suis qu'un homme ; Quand je vous commande au sujet de la religion, faites-le ; mais quand je vous donne des ordres sur les affaires du monde, alors je

1. Sauf la croyance en un Dieu unique et à la mission du prophète.

2. Cf. Coran, v. 80, 81 et 84 de la Sourat IV, etc.

ne suis qu'un homme ». « Vous êtes à une époque où si vous abandonnez le dixième de ce qui est prescrit, vous serez perdus. Après cela, il viendra un temps où celui qui observera le dixième de ce qui est ordonné maintenant sera sauvé » (1).

Il est donc parfaitement légitime de soutenir que ces dispositions sont réformables aussi bien que n'importe quel verset du Coran (sauf toujours ceux relatifs à l'unité de Dieu et à la mission du prophète), et qu'il est conforme à l'esprit du prophète de les changer suivant les circonstances et les besoins du moment.

1. *Michkat El-Masabih*, t. I, p. 46, 51 ; cité par Stoddart : *ouv. cité*, p. 35. Ces hadiths sont, à notre avis, apocryphes. Mais il n'en est pas moins vrai, qu'ils sont conformes, en tous points, à l'esprit du prophète.

TROISIÈME PARTIE

L'ŒUVRE DES JURISTES (1) (IRRATIONALISTES)

TITRE PREMIER

CHAPITRE UNIQUE

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Nous avons vu que les irrationalistes montèrent au pouvoir vers la fin de la première moitié du ^{xr}e siècle de notre ère. Ces docteurs, après avoir expulsé la raison de tous les domaines de l'activité sociale (puisque d'après eux, tout vient de la religion, de Dieu, même la langue que

1. Ces juristes sont les fameux fondateurs de quatre écoles dites « orthodoxes », dont les partisans s'intitulent conservateurs, mais nous avons montré dans notre introduction, ce qu'il faut penser de leur soi-disant conservatisme. En effet, pour être conservateur, dans le sens étroit ou large du mot, il faut avoir suivi les anciens dans leurs méthodes et leur manière de considérer les choses. Or ces Juristes sont en opposition formelle avec le prophète et tous les Khalifes et toutes les doctrines triomphantes depuis Mohammad jusqu'à la fin de la première moitié du ^{xr}e siècle de notre ère. C'est donc un nom usurpé et faux, et il vaudrait mieux les appeler irrationalistes, puisqu'ils sont les détracteurs de la raison et les auteurs responsables de la décadence arabe et de tout l'Islam. Les fondateurs de ces écoles sont :

1. — *Abou Hanifa* (l'an 150 de l'hégire et 767 de J.-Ch.) *Anno man*

l'on parle), avaient à répondre à une tâche extrêmement difficile, dont ils se sont acquittés avec beaucoup d'habileté et aussi avec beaucoup de maladresse. Ils se sont trouvés en présence de ce fait, que les pays de l'Islam comprenaient un grand nombre de nations différentes soit par leur origine, soit par leurs coutumes, soit par leurs conceptions sociales, soit encore par le degré de leur civilisation. D'un côté, les Syriens, les Grecs, les Romains, les Egyptiens, les Chaldéens, les Arabes, les Juifs, etc., d'un autre côté, les Perses, les Indous ou d'autres peuples de Kurdistan, de Burkaristan, etc. Comme il fallait tout ramener à la religion, même les superstitions les plus fantaisistes, ils se sont ingéniés, non pas à faire une législation unique pour tous les musulmans, ce qui aurait été impossible, mais à tout expliquer par les prescriptions religieuses. D'après eux,

ben Thabet de Koufa, originaire de la Perse. Il était un marchand d'étoffe qui quitta sa profession pour s'adonner aux études du char', dans lesquelles il obtint un si grand succès qu'il fut appelé l'Iman Al-A'zam (le plus grand Imam). Seulement, il connaissait très mal la langue arabe et ses écrits comme ses paroles se ressentaient trop du parsisme.

L'école Hanafite se réclame de lui (à tort croyons-nous). Sa méthode juridique consiste à n'admettre comme prescriptions légales que celles que l'on peut tirer du Coran par voie d'analogie ou par la lumière de la raison. Quant aux hadith, il n'en admet que dix-sept seulement, comme authentiques, les autres (plusieurs centaines des milliers) sont, d'après lui, apocryphes. Donc il est en contradiction avec ses partisans. Sa doctrine fut adoptée surtout en Turquie, en Syrie, en Egypte et aux Indes.

II. — *Abou Abd-Allah Malek ben Anas* (179 de l'Hégire et 795 de J.-Ch.), originaire de Médine et fondateur de l'école malikite. Il est le premier auteur d'une collection des hadith. Son ouvrage sur la matière s'appelle *Almovatta'*. D'après lui, toute chose doit être expliquée, soit par le Coran, soit par la Sunna. Sa doctrine fut consacrée en Arabie et dans l'Afrique du Nord.

III. — *Abou Abd-Allah ben Idris Chafiy* (204 de l'Hégire et 820 de J.-Ch.), originaire de Ghazza en Palestine, fit ses études sur les docteurs Malékites d'abord, puis sur les docteurs Hanafites. Sa doctrine est la résultante de cette éducation ; elle est mélangée

la religion doit tout prévoir, et donner son mot sur toute chose sans condamner quoi que ce soit : pourvu qu'on soit musulman, qu'importent les superstitions et les fables ou les différences des mœurs et coutumes. C'est ainsi que nous voyons apparaître les différents mariages temporaires reconnus légitimes pour répondre aux conceptions persanes ou indiennes. C'est aussi le cas de successibles de la descendance par les femmes admise en Syrie et dans les pays de l'ancien empire des grecs et qu'il fallait justifier. Voici comment ils ont procédé. Le Coran contenant deux versets 15 et 175 (Sourat IV) contradictoires. Ils ont inventé un hadith, soi-disant tenu pour les compagnons du prophète, pour faire dire au v. 15. ce qu'il ne dit pas du tout : Ce verset prévoit, d'après eux, le cas des frères et sœurs « utérins ». Ce jeu n'ayant pas réussi complètement pour faire accepter tous les parents par les femmes, parmi

de rationalisme et d'irrationalisme, avec toutefois une légère préférence pour les hadith sur les raisonnements logiques. Il fonda, dans cet esprit, l'école Chaféite, laquelle fut consacrée en Egypte.

V. — *Abou Abd-Allah Ahmed ben Mohammad ben Hanbal Al-Chaïbany* (241 de l'Hégire et 855 de J.-Ch.), naît à Bagdad. Il s'adonna surtout aux études des hadith. Il savait, par cœur, dit-on, cent mille hadith. Cet Imam et tous les partisans de son école (appelée école Hanbalite, sont de tous les docteurs, les plus hostiles à la raison et à l'analogie. Tous les hadith sont authentiques. Vrais ou faux, contradictoires ou non, il ne faut jamais chercher, ni à les interpréter, ni à les comparer les uns aux autres. Il faut les accepter sans même les comprendre. Une doctrine aussi étroite que celle-là ne pouvait avoir de succès, car elle est contraire à toutes les nécessités sociales et économiques. C'est pour cela que ses partisans sont très peu nombreux.

Il est à remarquer que les détracteurs de la raison, c'est-à-dire, tous les Imans, sauf Abou-Hanifa, n'ont pas eu la chance de voir leurs doctrines néfastes, sanctionnées par le pouvoir public. Tous furent, ou persécutés ou expulsés du royaume des Kalifes, jusqu'à la fin de la première moitié du 11^e siècle de l'Hégire (vers la fin de la première moitié du 11^e siècle de l'ère chrétienne).

les successibles, ils se sont attaqués à d'autres sources : Le Coran et la Sunna.

D'abord le Coran : La Sourat VIII (1) contient les deux versets suivants : « Les croyants qui auront émigré, abandonné leurs familles, pour défendre, de leurs biens et de leurs personnes, la cause de Dieu, sont les *walis* les uns des autres. Les croyants qui n'auraient pas émigré ne pourront prétendre à votre *wilayat* que lorsqu'ils auront émigré. Mais s'ils implorent votre appui pour la défense de leur religion, vous le leur accorderez, à moins que ce ne soit contre vos alliés. Dieu est témoin de vos actions (v. 73, S. VIII).

« Ceux qui dans la suite embrasseront la foi, puis s'expatrieront et combattront avec vous, ils seront des vôtres. Et ceux qui sont unis par les femmes (les Dhawi Al-Arham) sont considérés dans le Livre, comme *Walis* les uns des autres. Dieu connaît toute chose » (v. 76, S. VIII) (2).

On le voit ces textes parlent de deux catégories des personnes : les émigrés combattants, et les Dhawi Al-Arham. Les docteurs hanafites ont annulé l'une par l'autre, et sous prétexte que la disposition concernant les Dhawi-Al-Arham, vient dans le texte juste après celle relative aux émigrés, ils ont déclaré que la vocation héréditaire de ces derniers est abrogée par celle des Dhawi-Al-Arham.

Mais cette manœuvre n'ayant pas eu plus de succès que la première, ils recoururent au système commode des hadith, et la controverse entre les Imams ne put que s'aggraver. Voici les hadith cités par les deux adversaires à l'appui de leur doctrine respective (3).

1. Cette Sourat est descendue à Médine.

2. Le mot *Wali* veut dire, ici, non pas un tuteur ou simplement allié, mais aussi quelqu'un de la famille.

3. Une lutte aussi acharnée que celle-ci éclata entre les docteurs à propos de la grand'mère maternelle. V. *infra*, III^e partie, solutions pratiques.

L'Imam Chaféï et l'Imam Malek soutiennent que les Dhawi Al-Arham ne peuvent prétendre à aucun droit à la succession :

1^o Parce que Dieu, dans les versets relatifs à la succession ne fixa des parts qu'aux Acebs et ne parla pas du tout de Dhawi-Al-Ahram. (S'il en est ainsi, pourquoi admettent-ils la vocation héréditaire des frères et sœurs utérins ?)

2^o Zaïd ben Tabet et Ibn A'bbas rapportent un hadith en ce sens et qui confirme l'exclusion des Dhawi Al-Arham : « On a demandé au prophète quelle est la part de la tante paternelle et de la tante maternelle ? Il a répondu : « L'ange Gabriel m'a dit, qu'elles n'en ont aucune » (1).

L'Imam Abou Hanifa et l'Imam Ahmed ben Hanbel soutiennent le contraire, voici leurs arguments :

1^o « Les Dhawi Al-Arham sont considérés dans le Livre comme Walis les uns des autres » (v. 56, S. VIII). Cela veut dire qu'ils succèdent les uns aux autres (2) (*sic*);

2^o Il y a deux hadith en ce sens : Sahl ben Hanif fut tué et n'ayant laissé d'héritiers qu'une tante maternelle ; Abou O'beïdat ben Al-Djarrah écrivit au Khalife O'mar pour lui demander ce qu'il faudrait faire de la succession du défunt. O'mar lui répondit : Le prophète a dit que : Dieu et son prophète sont les walis de ceux qui n'ont pas de walis, et l'oncle maternel est l'héritier de celui qui n'a pas d'héritiers » (3). Et on dit que « lorsque Tabet ben Al-Dahraz décéda, le prophète demanda à Caïs ben A'cem s'il connaissait un parent au défunt ; celui-ci répondit : « Tabet était parmi nous, un étranger, et nous ne lui connaissons comme parent que Abou Lobanat ben Abd-Al-Mondhir, fils de sa

1. Cf. Mohammad Zaïd Al-Anbany : *ouv. cité*, t. III, p. 139.

2. *Ibid.*, t. III, p. 139.

3. *Ibid.*, t. III, p. 139.

filles ». Le prophète attribua à ce dernier l'héritage du défunt » (1).

Cette tactique n'a pas eu non plus la vertu, ni la chance de convaincre les Imams hostiles à la vocation héréditaire des parents par les femmes. Mais quand même ces parents furent admis en Syrie et en Turquie où ils succédaient depuis longtemps et c'est là l'essentiel.

Le terrain ainsi déblayé, et ne restant plus que les dispositions explicites du Coran (v. 12, 13, 14, 15 et 175, S. IV), il fallait trouver un moyen de rattacher toutes les coutumes diverses des musulmans à ces sources, soit par le procédé de l'interprétation extensive, soit par le procédé de la Sunna. Ici se produisit alors la plus grande confusion.

Au lieu de prendre les héritiers eux-mêmes et les classer par ordre de préférence suivant leur degré de parenté par rapport au défunt, ils ont pris, pour principe, les quotités prévues par le Coran : $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{8}$, $\frac{2}{3}$, $\frac{1}{3}$ et $\frac{1}{6}$, et ils ont travaillé à trouver des héritiers pour leur attribuer ces parts fixes. Pour éviter les surcomplications qui pourraient résulter du principe de la représentation successorale, ils l'ont presque supprimée, ou du moins, ils ont annihilé certains de ses effets par une théorie spéciale d'exclusion totale ou partielle, que nous examinerons plus loin.

Première opération. — La première opération fut d'augmenter le nombre des héritiers à part fixe (à Fard ou Dhawi Al-Fouroud).

Les héritiers à Fard prévus par le Coran sont : La fille, le père, la mère, le frère, la sœur, l'époux et l'épouse. Les docteurs en ont ajouté par extension, la fille du fils, la sœur consanguine, le grand-père et la grand-mère paternelle comme l'indique le tableau suivant :

1. *Ibid.*, t. III, p. 139 *in fine* et 140.

Coran (Fard)

Par extension :

La moitié :

A l'époux.

A la fille.

A la sœur (germaine) (1).

A la fille du fils.

A la sœur consanguine.

Le quart :

A l'époux.

A l'épouse.

Le huitième :

A l'épouse.

Les deux tiers :

A deux ou plusieurs filles.

A deux ou plusieurs sœurs
(germaines).

A deux ou plusieurs filles
du fils.

A deux ou plusieurs sœurs
consanguines.

Le tiers :

A la mère.

A deux ou plusieurs frères
ou sœurs « utérins » (2).

Frères ou sœurs utérins
(d'après nous).

Le sixième :

Au père.

A la mère :

Au grand-père paternel.

A la fille du fils.

A la sœur consanguine.

Au frère « utérin ».

A la grand'mère pater-
nelle.

A la grand'mère mater-
nelle (3).

Deuxième opération. — La deuxième opération fut

1. Il faut remarquer que le Coran ne distingue pas du tout les frères germains des frères consanguins ou utérins : il n'en parle pas.

2. D'après les docteurs.

3. V. nos explications sur le cas de cette héritière, *suprà*.

de multiplier le nombre des successibles Acebs, comme il est indiqué dans le tableau ci-dessous :

Le Coran :

Les fils.

Le père.

La mère.

La sœur (1).

Le frère.

Par extension :

Aux fils des fils à l'infini.

Aux filles des fils, aux filles de fils du fils, etc.

Au grand-père paternel.

A l'arrière grand-père paternel à l'infini.

A la grand'mère paternelle à l'infini.

A la sœur consanguine.

Au frère consanguin.

Au fils du frère germain à l'infini.

Au fils du frère consanguin à l'infini.

A l'oncle paternel germain.

A l'oncle paternel consanguin.

Au fils de l'oncle germain (à l'infini).

Au fils de l'oncle consanguin (à l'infini).

A l'oncle germain du père.

A l'oncle consanguin du père.

Au fils de l'oncle germain du père (à l'infini).

Au fils de l'oncle consanguin du père (à l'infini).

A l'oncle germain du grand-père paternel.

1. A notre avis la sœur consanguine avait chez les Arabes, comme dans l'esprit de Mohammad, la même situation que la sœur germaine. Il en était de même du frère consanguin.

A l'oncle consanguin du grand-père paternelle.

Au fils de l'oncle germain du grand-paternel.

Au fils de l'oncle consanguin du grand-père (à l'infini), etc.

Troisième opération. — La troisième opération est peut-être la plus intéressante de toutes, elle montre d'une façon éclatante la grandeur de la lutte engagée entre les juristes pour faire admettre ou refuser la vocation héréditaire aux parents par les femmes, et les résultats obtenus par les partisans de ces parents dans chaque moyen qu'ils ont employé pour faire triompher leur point de vue.

Nous avons vu que les Hanafites se sont appuyés, en cela, sur le Coran, d'une part, et d'autre part sur la Sunna.

Résultats obtenus du Coran et admis par tous les Imams : Les parents Dhawi Al-Arham que l'on a pu faire admettre au rang des successibles, ce sont :

	<i>Coran</i>	<i>Par extension</i>
	Sœur	à la sœur « utérine »
	Frère	au frère « utérin »
<i>Coran</i> La mère	Ceux-ci furent admis au moyen du Coran et de la Sunna	par extension à la grand'mère paternelle à la grand'mère maternelle à l'arrière grand'mère paternelle et maternelle à l'infini.

Résultats obtenus de la Sunna. — Ce fut tout. L'obstination des adversaires ne fut pas vaincue et l'on recourut à la Sunna. Cette source étant singulièrement comode, fut naturellement féconde. Chose curieuse, les partisans de ces parents ne reculaient devant aucun obstacle pour améliorer la situation de leurs protégés. Ils

ont commencé par une parente proche du défunt, la grand'mère maternelle. Cette femme étant au même rang qu'une autre femme admise celle-ci au rang d'héritier à Fard : la grand'mère paternelle ; ils ont cru qu'il serait facile d'étendre le cas de cette dernière, à la première, ce qui fut fait. Mais les adversaires ne s'inclinèrent pas du tout ; les hadith que les Hanafites citèrent à l'appui de leur doctrine n'étaient pas très convaincants pour les désarmer, et ils en inventèrent, eux aussi, des hadith en sens contraire. Enfin le résultat fut l'admission de la vocation héréditaire de cette personne, et en qualité d'héritier à Fard.

On voit que la lutte ne pouvait pas être menée à bien si l'on s'obstinait à faire entrer tous les Dhawi Al-Arham parmi les héritiers à Fard. Outre que les autres écoles opposaient des arguments contraires tirés de la même source (La Sunna), et par conséquent ayant la même valeur que ceux de l'école Hanafite ; il fallait compter avec les coutumes locales, lesquelles admettent bien la successibilité de Dhawi-Al-Arham, mais n'entendaient pas cependant les assimiler aux Acebs.

Donc désespérant d'aboutir à bonne fin de ce côté, l'Ecole Hanafite, consacra les coutumes locales en les appuyant sur des hadith sans plus tenir compte des objections des adversaires. Les Dhawi Al-Arham furent admis en bloc, et l'on divisa ces héritiers en quatre groupes qui se priment les uns les autres selon leur degré de parenté par rapport au défunt. Il est à remarquer qu'on ne distingue plus ici, entre hommes et femmes, garçons et filles : les deux sexes sont placés sur le pied d'égalité.

Premier groupe. — 1^o Les enfants : fils et filles, de la fille du défunt à l'infini ;

2^o Les enfants : fils ou fille de la fille du fils du défunt à l'infini.

Deuxième groupe. — 1^o L'aïeul maternel à l'infini ;

2^o L'aïeule maternelle à l'infini.

Ces aïeuls et aïeules sont appelés Saqith, c'est-à-dire, ceux et celles qui ne sont pas les véritables aïeuls et aïeules du défunt.

En d'autres termes : ceux et celles entre lesquels et le défunt s'intercale un aïeul maternel, comme la *mère du père de la mère du défunt*, ou bien, pour l'aïeul maternel, une femme, comme le *père de la mère du défunt*. On voit ici, une subtilité peu logique, et une supériorité bien marquée de la femme sur l'homme aux points de vue suivants :

1° La mère de la mère du défunt se trouve placée dans un ordre supérieur à son mari. Nous l'avons vue, en effet, figurer parmi le nombre des femmes à Fard, c'est-à-dire dans l'ordre privilégié ;

2° Non seulement la grand'mère maternelle est supérieure à son mari, mais les arrières grand'mères, à l'infini, gardent cette place, puisque toutes viennent à la succession à titre de Fard à l'exclusion de tout autre parent Dhawi-Al-Arham ;

3° Chose curieuse, la mère de la mère est appelée aïeule véritable, mais le père de la mère est appelé aïeul non véritable ou Saqith !

D'où vient cet illogisme ? Il vient justement de la maladresse de l'école Hanafite de les faire figurer au nombre des Acebs, au lieu de les laisser parmi les parents de la même catégorie. En effet, il n'y a pas de doute que ces parentes ne sont pas Acebs, mais Dhawi-Arham. Leur place, ici, ne peut pas s'expliquer autrement.

En tout cas, cette subtilité qui consiste à dire que, l'aïeul Saqith est celui qui est attaché au défunt par une femme, et l'aïeule Saqithat, est celle, entre laquelle et le défunt, s'intercale un aïeul Saqith est, non seulement illogique, mais aussi contraire au principe posé par cette école même ; puisque d'après elle, et par définition même, les parents Dhawi-Al-Arham sont ceux qui se rattachent au défunt par une femme. En outre cette école

appelle bien les enfants de la mère, frères utérins, c'est-à-dire, Dharwi-Arham. Les enfants des frères utérins sont même classés parmi les Dhawi-Al-Arham. Pourquoi donc faire figurer la mère de la mère et sa suite d'ascendantes, non pas parmi ces derniers, mais juste parmi les héritiers à Fard, sinon que cette école avait considéré la situation de ces parentes « étrangères » comme définitivement acquise, et travailla à trouver d'autres moyens pour réhabiliter tous les autres parents par les femmes habiles à succéder d'après les coutumes des anciens pays grecs et que les autres écoles s'obstinaient à ne pas les admettre parmi les héritiers ?

Troisième groupe. — Les collatéraux du défunt par les femmes :

1° Les enfants des sœurs germaines, consanguines ou utérines du défunt ;

2° Les filles des frères germains consanguins ou « utérins » ;

3° Les fils et les filles des frères « utérins » du défunt. Ici les docteurs ajoutent un développement significatif, qui appuie, encore une fois de plus, nos explications précédentes sur les Dhawi-Al-Arham : « Les enfants des sœurs sont tous : garçons ou filles, Des Dhawi-Al-Arham ; il en est de même des enfants des frères utérins ; mais les enfants (garçons) des frères germains ou consanguins sont Acebs, tandis que leurs filles, sont Dhawi-Arham ! »

Quatrième groupe. — Les collatéraux des ascendants paternels ou maternels par les femmes :

1° Les oncles par la mère, c'est-à-dire, les frères utérins du père ou du grand-père du défunt, à l'infini ; et leurs enfants, à l'infini ;

2° Les sœurs germaines, consanguines et utérines du père du défunt ou du grand-père, à l'infini, et leurs descendants, à l'infini ;

3° Les oncles maternels et les tantes maternelles

(frères et sœurs de la mère du défunt) et leurs descendants à l'infini.

Observations. — Si l'on compare ces tableaux entre eux, on constate :

1° Une grande pression arbitraire, exercée par les Hanafites sur les dispositions coraniques, pour faire entrer le Dhawi-Al-Arham parmi le nombre des successibles ;

2° Le terrain sur lequel la lutte s'est engagée (le Coran et la Sunna), combiné avec le point de départ du système des parts fixes, rend toute classification rationnelle illusoire.

3° L'harmonie de l'ordre naturel des successibles est rompue par la présence des frères et sœurs utérins et des aïeules maternelles, lesquels sont placés là où on les attendait le moins, c'est-à-dire, parmi les héritiers à Fard.

TITRE II

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

Nous n'avons pas ici la prétention de faire une étude sur les différents systèmes qui ont été imaginés par les quatre écoles « orthodoxes » pour la classification des héritiers, ni d'analyser les différents traités qui ont été consacrés à ce travail. Les uns et les autres ont été trop amplement étudiés par M. Marçais dans son ouvrage sur les parents et alliés successibles en Droit musulman, pour qu'il soit utile d'y insister (1). Nous nous contentons donc d'examiner le système de l'École Hanafite, le seul qui nous intéresse directement, puisqu'il est le seul reconnu en Syrie et au Liban, et parce qu'il tient, à notre avis, directement des Coutumes syriennes d'avant l'Islam.

L'école Hanafite appelle cette branche du statut personnel : la science de la succession ou encore la science de Faraïds (des parts fixes). Le mot Faraïd vient de la racine Farada : prescrire, assigner, attribuer, et fut donné à la succession en considération des parts fixes attribuées aux héritiers, comme nous l'avons vu, par le Coran, par le Sunna, ou par l'accord des Imams. La définition qu'on donne à la succession est tout ce qu'il y a de plus inattendu. Au lieu de définir la succession en

1. V. M. Marçais, *ouv. cité*, p. 47 à 80.

elle-même, c'est-à-dire, le fait de la transmission du patrimoine d'une personne décédée à une ou plusieurs personnes encore vivantes; ils la définissent comme on définit une science expérimentale ou abstraite : c'est la connaissance des règles juridiques et de calcul, par lesquels on arrive à déterminer la part de chaque héritier dans l'héritage, les conditions requises pour succéder, les différentes sortes d'incapacité de succéder et les règles relatives à l'exclusion totale ou partielle du successible, en présence d'autres héritiers plus proches du défunt ou privilégiés, etc. Certains ajoutent que cette définition (déjà encombrante) doit comprendre encore les règles relatives au testament, aux dettes du défunt, etc., etc.

A cette définition qui, en somme, ne définit rien du tout, nous préférons hautement la première à laquelle nous ajoutons les développements suivants, qui résument les caractères généraux de cette dévolution successorale.

La transmission s'opère automatiquement, par le fait même de la mort de l'auteur et sans aucune solution de continuité, les biens deviennent la propriété des héritiers, si éloignés soient-ils. En outre, la saisine héréditaire s'opère de plein droit, les héritiers ne peuvent d'aucune façon refuser d'accepter l'héritage de leur auteur. En d'autres termes, ils sont les héritiers nécessaires du défunt (1). S'ils veulent renoncer à leurs droits au profit d'autres successibles, ce sera une véritable vente ou donation des biens qui se réalisera entre les renonçants et les acceptants. Le défunt par le seul fait de sa mort a perdu toute personnalité juridique, et par conséquent son héritage s'est fixé définitivement sur la tête de ceux de ses héritiers vivants, acceptants ou non acceptants l'héritage.

1. Cf. *La situation de l'héritier nécessaire en droit romain*. M. Cuq, *ouv. cité*, p. 726 et ss.

Les docteurs citent parmi les héritiers certains successeurs venant à la succession, à l'occasion de l'affranchissement ou de la fraternité; de tout cela nous n'en parlerons pas, pour la seule raison qu'ils n'existent qu'en théorie. Nous ferons de même pour la vocation héréditaire du Trésor public, Beit-el-Mal, dont l'étude ne présente pour le moment aucune utilité pratique.

CHAPITRE II

CONDITIONS REQUISES POUR SUCCÉDER

Les conditions qu'un successible doit remplir pour venir utilement à la succession, sont très nombreuses, nous en retiendrons les plus marquantes.

I. — *Conditions générales* (1). — Pour pouvoir succéder, il faut :

1° Etre vivant au moment du décès du *de cujus* ;

2° Confesser la même religion que le *de cujus* (2). Un musulman ne succède pas à un non musulman et réciproquement. Par exemple, s'il y a deux frères, l'un musulman et l'autre non musulman, ils ne peuvent succéder l'un à l'autre; il en est de même des époux dont l'un est musulman et l'autre ne l'est pas. Mais ici encore les Imams ne sont pas tous d'accord. Les partisans de cette doctrine (les Hanafites par exemple), ainsi simplifiée, se fondent sur un hadith. Le prophète aurait dit : « Il n'y a point de vocation héréditaire entre gens de religions différentes. » D'autres soutiennent, au contraire, que le musulman succède à un non-musulman sans réciprocité. Ils s'appuient sur un hadith où le prophète aurait dit : « L'Islam est supérieur à tout et aucune religion n'est supérieure à l'Islam ». Le hadith cité par les Hanafites ne peut pas, d'après eux, s'appliquer aux musulmans, mais seulement aux non-musulmans entre

1. Pour plus de détails voir sur ces conditions M. Clavel, *Droit musulman, du Statut personnel et des Successions en Droit musulman*, t. II, p. 11 à 29. Mohammad-Al-Anbany, *ouv. cité*, t. III, p. 28 à 38. Code du Statut personnel égyptien, art. 585 à 588.

2. Cf. Coutumier Syrien, § 27, *supra*.

eux : Chrétiens, Juifs et Païens ; parce que l'athéisme (*sic*) ne constitue qu'une seule et unique confession religieuse aux yeux des Musulmans. D'autres soutiennent que la vocation héréditaire réciproque peut avoir lieu entre Chrétien et Juifs seulement, et non entre eux et les Païens ; parce que les Juifs et les Chrétiens croient à l'unité de Dieu, à la prophétie de Moïse et à l'incréation de la Thorah. Donc ils ont les mêmes croyances. Tandis que les païens qui ne croient, ni à l'unité de Dieu, ni à un Livre saint quelconque, sont d'une religion différente. D'autres vont plus loin encore et soutiennent qu'aucune vocation héréditaire ne peut exister entre Chrétiens et Juifs parce qu'ils ne sont pas d'accord sur la mission du Christ, ni sur l'Évangile, etc., etc.

Comment sortir de cette impasse ? Comment faut-il trancher les différends dans le domaine pratique ? C'est l'incertitude et l'anarchie. Mêmes divergences de doctrines, même incertitude pour ce qui concerne l'apostat (1) ;

3° Être de condition libre ;

4° Être uni au *de cuius* par un lien de parenté, d'alliance ou de patronage, déterminé par la loi ;

5° Ne pas être indigne. L'indignité résulte du meurtre prémédité, volontaire ou même involontaire, mais à condition, dans ce dernier cas, que la mort ait été instantanée et causée directement par le meurtrier sur la personne de la victime. Cette cause d'exclusion, dit l'article 586 du Code du statut personnel égyptien, atteint, non seulement les successibles naturels du *de cuius*, mais aussi toute personne quelconque (*sic*) (2) qui a privé celui-ci de la vie. Les docteurs fondent cette cause d'indignité sur un hadith où le prophète aurait dit : « Le meurtrier n'hérite pas. »

1. M. Al-Anbany, *ouv. cités*, t. III, p. 34, 35.

2. Il veut peut-être dire par là les successibles venus à la succession en vertu de la fraternité ou de la Mowalat.

Ne sont pas indignes : ceux qui sont en légitime défense, ceux qui ont supprimé la vie à leur auteur en vertu d'une disposition légale (la peine du talion, par exemple), et enfin, ceux qui sont mineurs impubères ou déments.

6° Etre, en principe, le plus proche parent du défunt.

Condition spéciale pour les enfants. — Pour pouvoir succéder, l'enfant doit naître vivant.

L'enfant conçu. — Les docteurs musulmans admettent la règle de droit romain : *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. L'enfant conçu a donc un droit successoral. Sur ce point tous sont d'accord. Mais là où les incertitudes et les contradictions se donnent libre cours, c'est quand il s'agit de savoir quelle est la durée de la gestation et la quotité qu'il faut réserver à l'enfant conçu ; puisque le partage entre les cohéritiers vivants, doit nécessairement avoir lieu. Pour la durée de la gestation, les uns soutiennent qu'elle est de deux ans, les autres de trois ou quatre ans, etc. ; n'insistons pas. Constatons seulement que l'école Hanafite admet une durée maxima de deux ans. Mais quand il s'agit de fixer la quotité réservée à l'enfant conçu, les docteurs Hanafites ne sont plus d'accord entre eux. Abou-Hanifa soutient qu'il faut lui réserver la part de quatre garçons ou de quatre filles, c'est-à-dire, la part la plus élevée suivant les circonstances. Il se base sur le témoignage d'un certain nommé Cheriq Al-Na-Kha'y lequel aurait dit : J'ai vu à Koufa, quatre enfants jumeaux nés à Abi-Ismaël d'une seule fois ». Mohammad dit que, c'est un cas très rare et par conséquent exceptionnel, ce qui est plus fréquent, c'est la naissance de deux jumeaux, et par conséquent, il faut réserver à l'enfant conçu la part de deux garçons ou de deux filles, la part la plus élevée suivant les circonstances. Ces deux doctrines n'ont pas prévalu, la doctrine admise actuellement est celle de Abi-Yousof, en vertu de laquelle on réserve à l'enfant conçu la part d'un garçon ou d'une

filles, la part la plus élevée suivant les circonstances (1).

Condition spéciale pour les époux. — Pour pouvoir succéder l'un à l'autre, les deux époux doivent avoir contracté un mariage légitime, c'est-à-dire, un mariage *qahih*, et non pas temporaire ou de jouissance.

Condition spéciale pour l'absent. — D'après les Imams l'absent (2) est celui qui a quitté sa famille et dont on ne sait pas s'il est mort ou s'il est encore vivant. Cet état d'incertitude met l'absent dans la situation suivante. On le considère comme vivant pour toutes situations juridiques susceptibles de rendre sa condition pire. En d'autres termes, les questions qui ne pourraient être résolues définitivement qu'à sa mort certaine : son mariage ne sera pas considéré comme dissout, sa succession ne passera pas à ses héritiers, etc. On le place dans un état d'incertitude : ni mort, ni vivant pour les questions où il ne sera pas lésé ou susceptibles de rendre sa condition meilleure, mais où, au contraire, sa présence léserait d'autres héritiers : c'est ainsi s'il est appelé à une succession ou à un legs fait en sa faveur, on lui réserve seulement sa part jusqu'à ce qu'on acquiert la certitude sur son sort.

Présomptions de mort. — L'absent, d'après certains docteurs, est réputé mort, si tous les gens de sa ville (ou village) de sa génération ont disparu. D'autres remettent la solution de la question à la clairvoyance du juge (3).

Condition spéciale à l'hermaphrodite — Les docteurs engagent à propos de la successibilité de l'hermaphrodite des discussions quelque peu enfantines, et citent des hadith que nous nous dispensons de reproduire (4). Nous ferons seulement constater que dans le cas d'her-

1. Cf. Mohammad Al Anbany : *op. cit.*, t. III, p. 108 et ss. ; Clavel : *ouv. cité*, t. II, p. 12, 13 et 14.

2. Perdu, égaré.

3. Pour plus de détails v. Moh. Al. Anbany : *ouv. cité*, t. III, p. 116 et ss.

4. A qui désire plus de détails v. *ibid.*, t. II, p. 119 et ss.

maphrodisme, le sexe prédominant chez l'individu le fait classer soit parmi les hommes, soit parmi les femmes. S'il y a incertitude sur un véritable sexe, il prend la part la moins forte qui serait dévolue à l'un ou à l'autre sexe.

Condition spéciale à l'enfant naturel. — L'enfant naturel (1) n'a aucun droit à la succession de son père ; par contre, il succède à sa mère et à ses parents par sa mère.

1. Le texte l'appelle Ibn Zina', mot qui peut bien s'appliquer à un enfant naturel simple ou adultérin.

CHAPITRE III

LES DIFFÉRENTS ORDRES D'HÉRITIERS

L'Ecole Hanafite classe les héritiers dans l'ordre suivant :

I. — **Les héritiers Dhawi-Al-Fouroud** sont ceux dont les parts sont fixées, soit par le Coran, soit par la Sunna, soit par l'accord unanime des Imans « Les quatre premiers Imans : Abou Hanifa, Chafii, Malek et Ibn Hanbal ». Ces héritiers constituent, du moins en apparence, la première classe des successibles. En réalité il s'agit tout simplement d'un certain nombre de personnes privilégiées. Ils sont au nombre de douze, dont quatre hommes : le père, le grand-père paternel (à l'infini), le frère « utérin » ! et l'époux ; et huit femmes : la fille, la fille du fils, la mère, la grand-mère paternelle ou maternelle, la sœur germaine, la sœur consanguine, la sœur utérine et l'épouse. Les docteurs disent que celui qui, de ces héritiers se trouve vivant à l'ouverture d'une succession, prend sa part, et s'il reste quelque chose de la succession, ce reliquat passe à l'un des héritiers de l'ordre suivant (des Acebs). Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de tout cela.

Première hypothèse. — Si une femme meurt laissant pour héritiers : son époux, une sœur consanguine et un fils d'un frère germain : l'époux obtiendra la moitié (fard), la sœur consanguine la moitié (fard) et le fils du frère germain (aceb) n'obtiendra rien, puisqu'il ne reste rien.

Deuxième hypothèse. — Un homme meurt laissant pour héritier : une veuve, une sœur consanguine et un fils

d'un frère germain : la veuve aura le quart (fard), la sœur consanguine, la moitié (fard), et le fils du frère germain, le reliquat, le quart.

Voici le tableau de Dhawi-Al-Fouroud, tel qu'il est dressé par cette école, pour indiquer d'une façon pratique, comment et dans quelle circonstance ces héritiers prennent leur fard, lequel varie entre $1/2$, $1/4$ et $1/8$, et entre $2/3$, $1/3$ et $1/6$.

Tableau des héritiers Dhawi-Al-Fouroud

La moitié (fard) pour cinq per- sonnes	1° L'époux (le veuf), à condition que la défunte n'ait pas laissé d'enfant ;	
	2° La fille du défunt à condition qu'elle ne soit pas en présence d'une autre fille du défunt ou un Aceb qui lui communique sa qualité d'Aceb (<i>sic</i>) ;	
	3° La fille du fils, dans les mêmes conditions que la fille et en l'absence de celle-ci ;	
	4° La sœur germaine, dans les mêmes conditions et en l'absence de la fille et de la fille du fils du défunt ;	
	5° La sœur consanguine, dans les mêmes conditions que la sœur germaine et en l'absence de celle-ci.	
Le quart (fard) pour deux per- sonnes.....	1° L'époux (le veuf), en présence d'enfants de la défunte ;	
	2° L'épouse (la veuve), en l'absence d'enfants du défunt.	
Le huitième (fard) pour une seule personne	L'épouse (la veuve), en présence d'un descendant capable de succéder, c'est-à-dire, en présence, du fils ou de la fille, ou du fils du fils à l'infini, ou de la fille du fils ou de la fille du fils du fils du défunt à l'infini :	
	1° Deux ou plusieurs filles du défunt ;	A condition qu'elles ne soient pas en présence d'un mâle Aceb, qui leur communique sa qualité d'Aceb et réduit ou anéantit leurs parts.
Les deux tiers pour quatre personnes...	2° Deux filles du fils du défunt ;	
	3° Deux ou plusieurs sœurs germaines ;	
	4° Deux ou plusieurs sœurs consanguines ;	

Le tiers pour deux personnes.....	1° La mère, en l'absence du descendant héritier, et de deux frères ou sœurs du défunt. 2° Deux ou plusieurs frères et sœurs utérins du défunt, à condition que celui-ci n'ait pas laissé un descendant héritier. Ce descendant héritier est, en principe, un mâle. <i>Remarque.</i> — Dans le partage, les frères et sœurs utérins sont sur le pied d'égalité (sans distinguer entre garçons ou filles).
Lesixième pour sept personnes.....	1° Le père, en présence d'un descendant héritier. 2° Le grand père, en présence d'un descendant héritier et en l'absence du père ; 3° Une ou plusieurs filles du fils, en présence d'une fille du défunt ; 4° Une ou plusieurs sœurs consanguines, en présence d'une seule sœur germaine ; 5° L'enfant de la mère à condition qu'il soit unique (seul) et en présence d'une seule sœur germaine ; 6° La mère, en présence d'un descendant héritier, ou de deux frères ou de deux sœurs du défunt ; 7° L'aïeule paternelle ou maternelle (aïeule Çahiha) (1), en l'absence de la mère du défunt.

Si l'on examine de près, ce tableau, on y remarque les singulières inconséquences suivantes :

1° La sœur, quelle que soit sa qualité : germaine, consanguine ou utérine, a une part fixe, et par conséquent, privilégiée. Mais le frère germain ou consanguin, dont parle le v. 175 (suivant les docteurs), n'en ont pas une ; tandis que le frère utérin, lui, en a une part bien déterminée.

2° Toutes ces personnes ont des parts fixes, mais le fils du défunt, lui, n'en a pas une.

Les docteurs se sont aperçus de l'inconséquence de

1. L'aïeule maternelle est aïeule véritable, mais le grand-père maternel est (fasid), aïeul non véritable !

leur système de Faraid ; mais au lieu de changer de méthode, et pour ne pas se désavouer, ils ont préféré garder les résultats acquis ; et se sont ingénies à déjouer ces inconséquences et réparer leurs erreurs, par la théorie du ta'sib ; ce qui a rendu leur système extrêmement compliqué et dépourvu de tout bon sens.

II. — **Les héritiers Acebs.** — Le second ordre d'héritiers est constitué par les parents Acebs. Mais, comme nous allons le voir, cette classe comprend la plupart de ceux de la première. La cause de cette confusion provient, justement, de l'obstination des docteurs de rattacher les héritiers, autant que faire se peut, au Coran, source première et supérieure à toutes les autres. Les dispositions coraniques ayant été reconnues insuffisantes pour comprendre tous les héritiers, on a eu recours à la Sunna (parce que le Coran ne parle pas des parents Acebs et non-Acebs), ils ont inventé dans ce but, le hadith suivant. « Donnez les fards à ceux qui y ont droit et le reste au mâle (Aceb) le plus proche du défunt ». Les Acebs furent donc admis et classés d'après leur rang de priorité, dans l'ordre suivant :

Les Acebs parents par le sang (Acebs Binnaseb).

Les Acebs parents par un lien autre que le sang (Acebs Bissabeb).

Disons un mot de cette dernière catégorie qui est la moins intéressante. Les Acebs par un lien autre que celui du sang, sont les esclaves affranchis. Quant aux conjoints, ils sont placés dans une situation spéciale, sur laquelle nous nous expliquerons plus tard (1).

Les Acebs parents par le sang sont les suivants :

a) **LES ACEBS BINAFSIHIM** : Les docteurs les définissent ainsi : le Aceb Binafsihi est tout mâle qui se rattache au défunt soit directement, comme le fils, soit par l'intermédiaire d'un mâle, comme le fils du fils,

1. V. *infra*, solutions pratiques.

soit par l'intermédiaire d'un mâle et d'une femme, comme le frère germain. C'est ainsi que celui qui se rattache au défunt par une femme seulement, comme le fils de la mère (frère utérin), n'est pas Aceb du défunt (1).

Donc cette catégorie ne comprend que des mâles, répartis en quatre groupes d'après leur degré de parenté par rapport au défunt. Le premier groupe exclut le second, et celui-ci exclut le troisième et ainsi de suite. Dans chaque groupe le plus proche exclut le plus éloigné.

Premier groupe : Les descendants mâles par les mâles. Ce sont les fils, les fils du fils du défunt, à l'infini.

Deuxième groupe : Les ascendants mâles par les mâles. Ce sont le père, le grand-père paternel, l'arrière grand-père paternel, à l'infini.

Troisième groupe : Les frères germains et consanguins, leurs fils, leurs petits-fils du fils à l'infini (Il est à remarquer qu'on ne s'occupe plus du frère utérin auquel pourtant on avait assigné une part fixe en le plaçant ainsi dans la classe privilégiée !

Quatrième groupe : Les oncles paternels, les fils d'oncles paternels, leurs fils du fils à l'infini.

Cette classe d'Acebs exige quelques observations.

Nous avons vu le hadith qui a servi de base à l'admission de cette théorie de ta'sib : « Donnez les fards à ceux qui y ont droit et le reste à l'homme mâle le plus proche du défunt ». Les docteurs disent que ce hadith marque explicitement la supériorité de Dhawi-Al-Fouroud sur les Acebs, et admet la vocation héréditaire de

1. Cette définition exclusive des femmes est arbitraire. Car les docteurs eux-mêmes ont reconnu à la fille la qualité d'Aceb, notamment dans le cas de l'affranchissement. Ce qui prouve une fois de plus que toute cette théorie fut inventée pour réparer l'injustice résultant du système de Faraïd Cf. Al-Anbany : *ouv. cité*, t. III, p. 83.

ces derniers. Ils en ajoutent une autre justification, ou plutôt une autre explication, qui démontre leur embarras de sortir de cette impasse dans laquelle ils s'étaient imprudemment engagés : « Les Acebs, disent-ils, sont classés dans un ordre inférieur à Dhawi Al-Fouroud, parce que, si on met les Acebs au premier rang, ils prendront à ce titre toute la succession et il n'en restera plus rien à Dhawi Al-Fouroud (1) » !

b) LES ACEBS BIGHAÏRIHIM (2) : Dans ce groupe et le groupe suivant, il ne s'agit que des femmes. Les femmes, nous l'avons vu, ont été suffisamment protégées par le Coran, les docteurs ont bien admis cette protection privilégiée et en ont ajouté plusieurs autres à celles prévues par le Coran, mais ils n'ont point voulu, ou, pour parler plus juste, ils n'ont point pu aller plus loin. Car outre que cette protection serait établie au détriment des parents par les mâles, ce qui est contraire aux coutumes locales ; il y avait un principe Coranique qui établit la supériorité de l'homme sur la femme : « le mâle prendra la part de deux femmes » ; et il fallait en tenir compte. En réalité la première raison seule a déterminé leurs actes. S'ils avaient favorisé les femmes au delà des limites fixées par les coutumes locales, leur système n'auraient été accepté par personnes, et aurait resté lettre morte. Ces Acebs sont donc les femmes en général, qui, se trouvant en concours avec d'autres héritiers mâles, empruntent à ceux-ci leur titre de A'ceb et trouvent ainsi leur part réduite de moitié. En d'autres termes, la fille, la sœur, etc., qui concourent avec un fils, un frère, ces derniers, chacun dans son rang, communiquent à la femme du même rang que lui, sa qualité d'A'ceb et prend le double de la part de cette dernière.

1. M. Al-Anbany : *ouv. cité*, t. IV, p. 18.

2. Nous n'insisterons pas sur ce groupe, ni sur le groupe suivant, toujours pour éviter les complications et les développements inutiles.

c) ACEBS MA'GHAÏRIHIM : Ici ce n'est plus le concours d'un mâle qui fait réduire la part de la femme cohéritière, mais c'est une autre femme qui impose cette réduction et qui en profite. Il se trouvait que, les descendantes du défunt en concours avec leur tante, subissaient une lésion. Un théologien de l'Ecole Hanafite, Iban Masoùd, remarquant cette injustice, décida que, si deux filles du défunt sont en concours avec une sœur du défunt, les deux filles prendront les deux tiers (leur fard). La sœur ne prendra que le reliquat (et non pas son fard qui est la moitié). Cette décision fut admise dans les cas où il y a concours entre sœur germaines ou consanguines (on ne s'occupe plus de la sœur utérine) d'une part, avec la fille ou les filles ou la ou les filles du fils du défunt, d'autre part. Les premières perdent par ce fait leur fard et n'auront plus droit qu'au reliquat (1).

Le résultat de cette théorie de ta'sib, c'est-à-dire, la communication de la qualité d'Aceb, même à celles qui n'en avaient pas besoin, comme la fille ou la fille du fils du défunt, fut de multiplier les difficultés. Car un héritier qui est à la fois aceb et à fard, ou qui est aceb ou à fard, devait avoir des situations différentes suivant la qualité et le rang du successible avec lequel il concourt. Pour rendre ce système intelligible ou quelque peu abordable dans le domaine pratique, ils ont eu recours, au système des tableaux. Voici le tableau qu'ils ont dressé dans ce but et où les héritiers à Fard se trouvent en concours avec les Acebs.

1. Pour plus de détails v. M. Marçais, *ouv. cité*, p. 63 et suiv. M. Al-Anbany : *ouv. cité*, t. III, p. 90 et suiv.

**Tableau des Dhawi Al-Touroud en concours
avec les autres successibles**

Le père.....	a trois situations : 1° il hérite, à titre de Fard, en présence des descendants mâles par les mâles à l'infini 2° il hérite, à titre de Fard et à titre d'Aceb, en présence des filles ou des filles du fils à l'infini 3° il hérite, à titre d'Aceb, en l'absence de ces deux catégories des descendants.
L'aïeul paternel	a les mêmes situations que le père, en l'absence de celui-ci, sauf les différences suivantes : 1° La grand'mère paternelle concourt avec l'aïeul paternel et non avec le père. 2° La mère a le tiers du reliquat en présence du père et du conjoint survivant, tandis qu'avec l'aïeul paternel, elle aura le tiers de la succession entière. 3° Les frères et sœurs germains ou consanguins sont exclus par le père et non par l'aïeul paternel, sauf chez Abou Hanifa. 4° L'aïeul paternel de l'affranchi est exclu par le fils de celui-ci, tandis que le père aura dans ce cas le sixième d'après Abou yousof.
Les frères et sœurs utérins.	ont trois situations : 1° chacun un sixième sans distinction de sexe. 2° S'ils sont deux ou plus de deux, ils auront le tiers ; 3° Ils sont exclus par les descendants mâles par les mâles, par la ou les filles, et par la ou les filles du fils (ou du fils du fils à l'infini).
Le veuf.....	a deux situations : 1° La moitié en l'absence de descendants héritiers. 2° Le quart en présence de descendants héritiers. <i>Remarque :</i> le descendant héritier est le fils, le fils du fils à l'infini ; la fille et la petite fille : fille du fils ou du fils du fils à l'infini.
La veuve.....	a deux situations : 1° le quart en l'absence de descendants héritiers. 2° le huitième en présence de descendants héritiers. <i>Remarque :</i> le descendant héritier est ici comme dans le cas précédent.

- La ou les filles. {
- 1^o La moitié s'il n'y en a qu'une seule ;
 - 2^o Les deux tiers s'il y en a deux ou plusieurs ;
 - 3^o Elle ou (elles) hérite par le ta'sil avec le fils ;
- La ou les petites-filles du fils ou du fils du fils à l'infini... {
- 1^o La moitié s'il n'y en a qu'une seule ;
 - 2^o Les deux tiers s'il y en a deux ou plusieurs ;
 - 3^o Elle (ou elles) hérite par le ta'sil avec le fils du fils ;
 - 4^o Elles ont le sixième en présence d'une seule fille ;
 - 5^o Elle (ou elles) est exclue par les deux (ou plusieurs) filles si elle n'est pas devenu Aceb Bighaïriha ou Ma'ghairiha ;
 - 6^o Elle (ou elles) est exclue par le fils ;
- La ou les sœurs germaines.... {
- 1^o La moitié, s'il n'y en a qu'une seule ;
 - 2^o Les deux tiers, s'il y en a deux ou plusieurs ;
 - 3^o Elles deviennent Aceb par le frère germain ;
 - 4^o Elles deviennent Acebs avec la fille ou la petite fille du fils ;
 - 5^o Elles sont exclues par les descendants mâles par les mâles et les descendants mâles par les mâles, à l'infini ;
- La ou les sœurs consanguines.. {
- 1^o La moitié, s'il n'y en a qu'une seule ;
 - 2^o Les deux tiers, s'il y en a deux ou plusieurs ;
 - 3^o Elles deviennent Acebs par le frère consanguin ;
 - 4^o Elles deviennent Acebs avec la fille ou la petite-fille du fils ;
 - 5^o Elles sont exclues par les descendants mâles par les mâles, par les ascendants mâles par les mâles, par le frère germain et par la sœur germaine Aceb Ma'ghaïriha ;
 - 6^o Elles ont droit au sixième en présence d'une seule sœur germaine ;
 - 7^o Elles sont exclues par deux sœurs germaines, s'il n'y a pas un héritier qui leur communique sa qualité d'Aceb ;

- La mère.....
- 1° Le sixième en présence d'un descendant héritier ou deux ou plusieurs frères et sœurs ;
 - 2° Le tiers de toute la succession en l'absence de ces deux catégories de personnes ;
 - 3° Le tiers du reliquat dans deux cas : 1° en présence du père et du veuf 2° en présence du père et de la veuve.
- La ou les grand-mères paternelles ou maternelles, (Les aïeules Qahihat).....
- 1° Le sixième s'il y en a une ou plusieurs.
 - 2° Elles sont exclues par la mère. Le père exclut seulement la grand-mère paternelle. En outre si elles sont de degrés différents, la plus proche exclut la plus éloignée.

III. — Les héritiers Dhawi-Al-Arham. — Cette classe, qui vient réellement au dernier rang, ne comprend que des parents par les femmes. Nous avons vu les arguments dont s'était servi l'Ecole Hanafite pour ranger ces parents parmi les successibles. Voici maintenant l'ordre de classement de ces héritiers.

a) *Les descendants* : 1° Les enfants des filles du défunt, à l'infini ;

2° Les enfants des filles du fils du défunt, à l'infini ;

b) *Les ascendants* : 1° Le grand-père maternel *Saqith*, l'arrière grand père maternel, à l'infini ;

2° L'aïeule maternelle *Saqithat*, c'est-à-dire, la mère du père de la mère du défunt ; la mère de la mère du père de la mère du défunt, à l'infini.

c) *Les collatéraux immédiats* : 1° Les enfants des sœurs germaines, consanguines ou utérines et leurs descendants à l'infini ;

2° Les filles des frères germains, consanguins ou utérins à l'infini ;

3° Les enfants des frères utérins à l'infini.

d) *Les collatéraux éloignés* : 1° Les frères utérins du père du défunt (1) ;

1. Il faut ajouter les filles des frères germains ou consanguins du père du défunt.

2° Les sœurs germaines, consanguines ou utérines du père du défunt ;

3° Les frères et sœurs (germains, consanguins ou utérins) de la mère du défunt ;

Remarques : Dans ces quatre ordres d'héritiers Dhawi-Al-Arham, le premier exclut le second, et celui-ci exclut le troisième et ainsi de suite. Les héritiers d'un même ordre concourent ensemble, s'ils étaient ou non du même rang ; par exemple. Les enfants de la fille du défunt concourent avec les enfants de la fille du fils du défunt, et concourent aussi avec les enfants des enfants de la fille du fils du défunt, parce que ces derniers représentent leurs pères et mères (représentation successorale) et prennent leurs parts.

CHAPITRE IV

LA REPRÉSENTATION SUCCESSORALE

On a longtemps soutenu que la représentation successorale est inconnue du droit musulman, sauf dans le cas exceptionnel de Dhawi-Al-Arham. Les juristes sont tellement convaincus de l'absence de cette théorie, qu'ils ne manquent pas de manifester un étonnement profond de la retrouver dans la vocation héréditaire de ces parents éloignés. A vrai dire, les auteurs, n'ont point aperçu le véritable caractère du droit musulman, à ce point de vue. Leurs idées étaient tellement préconçues qu'ils ont passé à côté du problème sans le résoudre, ou s'ils l'ont résolu, ils l'ont fait d'une façon arbitraire hypothétique. En effet, tous sans exception, partent de ce principe, d'après eux, évident, que la représentation successorale n'existe pas en droit musulman ; par conséquent tout ce qui y ressemble, de près ou de loin, doit être interprété d'une façon ou d'une autre. En réalité, les choses se sont passées tout à fait autrement, et beaucoup plus péniblement qu'on le pense. Nous croyons, pour notre part, qu'il faut remplacer ce principe général qui est, à notre avis, inexact, par cet autre plus conforme à la réalité ; savoir : En principe, la représentation successorale est admise en droit musulman ; mais elle est, quelquefois, plus ou moins mitigée, par la présence de deux théories de Faraïd et de Ta'sib. Pour mettre un peu plus de clarté dans notre exposé, nous étudierons les expédients qui ont servi à mettre en harmonie cette théorie avec celles du Faraïd et du Ta'sib, c'est-à-dire, l'expédient du Tanzil et

l'expédient du Hadjb, et en dernier lieu nous exposons les conclusions qu'il faut en tirer.

§ I. — Le Tanzil

Le système du Tanzil a été élaboré, au dire des docteurs musulmans, par l'école Hanbalite, pour déterminer d'une façon théorique et pratique le rang de priorité ou de successibilité des héritiers Dhawi-Al-Arham, et indiquer la part de chacun s'ils sont de même ordre et concourent les uns avec les autres. En réalité tous les docteurs qui ont admis ces parents au nombre des successibles se sont, tout naturellement, préoccupés de les classer, d'une façon ou d'une autre pour déterminer leurs parts respectives, soit qu'ils soient de même ordre ou de même rang, soit qu'ils soient d'un ordre ou d'un rang différent. Il est bien entendu que nous n'examinerons pas ici toutes les doctrines qui ont été soutenues par les jurisconsultes de ces écoles, mais simplement ce qui est admis d'après l'école Hanafite.

Le Tanzil ou l'action de faire occuper, ainsi dénommé, parce qu'elle consiste à faire occuper à chacun de Dhawi-Al-Arham la place du successible ordinaire (Fard ou Aceb) par lequel il se rattache au défunt. Il est presque inutile de faire remarquer que cette définition même du Tanzil dénote, à elle seule, la préoccupation des juristes d'accommoder la théorie de la représentation avec celles de Faraid et de ta'sib. Ce qui est conforme à notre manière de voir.

Nous avons vu précédemment que les quatre ordres d'héritiers Dhawi-Al-Arham ne concourent pas les uns avec les autres : les descendants priment les ascendants, ceux-ci priment les collatéraux immédiats, et ces derniers priment les collatéraux éloignés. Sur ce point tout le monde est d'accord, et il n'y a rien à ajouter (le tanzil n'y joue pas). Mais là où le tanzil tient le premier rang, c'est quand il s'agit du concours des héritiers d'un même ordre entre eux. Prenons, par exemple, l'ordre des descendants.

Les descendants : De deux choses l'une ou bien les descendants sont du même degré ou des degrés différents. S'ils sont des degrés différents, le plus proche exclut le plus éloigné. Par exemple, si le défunt laisse pour héritiers : une fille de fille et un fils du fils d'une autre fille du défunt, la première prend tout l'héritage, parce qu'elle est plus proche du défunt.

Cette solution est simple ; mais là où la complication commence, c'est dans le concours d'héritiers de même degré. Ici trois situations sont possibles, nous n'en n'examinerons que deux, et sommairement, pour éviter les détails inutiles :

1^o Si les héritiers de même degré sont les uns rattachés au défunt par un parent successible, c'est-à-dire, un héritier à Fard ou un héritier Aceb ; et les autres sont rattachés par un parent non successible ordinaire, c'est-à-dire, un parent de Dhawi-Al-Arham ; les premiers excluent complètement les derniers, parce qu'ils représentent leur auteur et prendront par conséquent l'héritage à ce titre.

Hypothèse : Si un homme meurt laissant une fille de la fille de son fils et une fille du fils de sa fille, la première occupera (par représentation) la place de sa mère, laquelle est héritière à Fard et prendra toute la succession à l'exclusion de l'autre, parce que cette dernière est rattachée au défunt par un parent Dhawi-Al-Arham (fils de la fille du défunt) ;

2^o Si tous se rattachent au défunt par un successible à Fard ou Aceb, alors, ils se partagent la succession à part égale, s'ils sont tous des mâles ou tous des femmes ; ou avec privilège de masculinité, s'il y a parmi eux des garçons et des filles, etc.

Première hypothèse : Un homme meurt laissant une fille de la fille de son fils et une fille de la fille d'un autre de ses fils. Toutes deux se partageront, à part égale, la succession ; chacune prendra la moitié.

Deuxième hypothèse : S'il y a en présence un fils de

la fille du fils et un fils de la fille d'un autre fils du défunt, chacun prendra la moitié.

Troisième hypothèse : Si le défunt laisse un fils de la fille de sa fille et une fille de la fille d'une autre de ses filles, le garçon prendra les deux tiers et la fille le tiers;

Il est à remarquer que l'application du principe de masculinité dans cette hypothèse est contraire au principe général posé par cette école même, à savoir, que pour les parents Dhawi-Al-Arham, les mâles et les femmes sont mis sur un même pied d'égalité. Pourquoi donc cet illogisme ? Il est, croyons-nous, inutile de chercher très loin, ces auteurs ont complètement écarté la raison et la logique dans tous les domaines, et ils ont traité chaque cas prévisible, comme il se présentait, en faisant toujours figure de tirer les conclusions naturelles du principe général, mais en faisant par-ci, par-là, quelques concessions en faveur des principes coraniques (privilège de masculinité par exemple) croyant par là pouvoir désarmer les adversaires en se faisant passer pour respectueux des principes exprès du Coran.

§ II. — Le Hadjb

Donc pour les héritiers Dhawi-Al-Arham, la représentation est admise, du moins, en principe, il n'y a pas de doute sur ce point. En est-il de même pour les autres ? Nous croyons que, dans l'un comme dans l'autre cas, ce fut toujours le même principe (de la représentation) qui a inspiré les docteurs. Mais comme ici il y avait à tenir compte non seulement de certains principes généraux, mais aussi de nombreux héritiers à Fard, et de la théorie quelque peu compliquée du ta'sib ; ils se sont tirés de cette impasse le moins mal possible. En effet, ils se sont trouvés devant toutes ces théories élaborées par eux d'une part, et d'autre part, devant les coutumes locales lesquelles admettent, comme nous l'avons vu, le principe de la représentation la plus

large. Dans ce but ils ont inventé une théorie spéciale appelée Hadjb.

Le mot Hadjb vient de la racine Hadjaba, éclipser, mettre un voile, un rideau entre deux personnes ou deux choses, c'est-à-dire, avantager un successible au détriment d'un autre successible, en excluant ce dernier, soit totalement, soit partiellement de la succession.

Cette théorie opère donc, tantôt une exclusion totale, tantôt une exclusion diminutive ou partielle. Mais comme nous allons le voir, la première n'est que l'effet naturel de la proximité de parenté entre les successibles et le défunt, et l'autre qu'une véritable représentation mitigée, juste pour la mettre en harmonie avec le ta'sib et le Faraïd.

Pour rendre notre exposé plus saisissable, nous transcrirons, ici même, un tableau pris à l'école Hanafite et qui établit d'une façon précise ce qu'il faut entendre par Hadjb et comment il faut l'appliquer.

Exclus :

Excluants :

Le fils du fils. Le grand-père paternel.....	Le fils, le père.	<i>Remarque : Dans l'ordre des descendants, fils par les fils, le plus proche exclut le plus éloigné. Il en est de même des aïeuls par le père, c'est-à-dire, le grand-père exclut l'arrière grand-père, et ainsi de suite à l'infini ; parce que la règle générale, est que celui qui se rattache au défunt par une personne, est exclue totalement par cette personne, sauf les enfants de la mère (frères et sœurs utérins) ne seront pas exclus par la mère.</i>
L'aïeule maternelle.....	La mère, ou une aïeule maternelle plus proche qu'elle, ou une aïeule paternelle plus proche qu'elle.	
L'aïeule paternelle.....	La mère, ou le père ou une aïeule maternelle plus proche qu'elle, ou une aïeule paternelle plus proche qu'elle, ou un grand-père de qui elle est la mère.	

La fille du fils ou la fille du fils du fils à l'infini.....	{	Le fils, ou par deux filles à condition, dans ce dernier cas, qu'elle ne soit en présence d'un fils du fils qui lui communique sa qualité d'Aceb ; car, alors, elle participera, au partage de la succession en qualité d'Aceb Bighairiha.
La fille du fils, Lam To'sal...	}	Dans la même situation et dans les mêmes conditions.
La sœur ger- maine.....	{	Le fils, le fils du fils à l'infini ; ou le père, le grand-père paternel, à l'infini.
Frères et sœurs utérins.....	{	Le fils, le fils du fils à l'infini ; ou le père, le grand-père paternel à l'infini ; ou une fille ou une fille du fils ou une fille du fils du fils à l'infini (1).
La sœur con- sanguine.....	{	Le fils, le fils du fils à l'infini ; ou le père, le grand-père paternel à l'infini ; ou le frère germain ; ou deux sœurs germaines, à condition que la sœur consanguine ne soit pas rendue Aceb par la présence d'un frère consanguin ou une sœur consanguine Aceb Ma'Ghairiha.
Le frère ger- main.....	{	Le fils, le fils du fils à l'infini ; ou le père, le grand père paternel à l'infini.
Le frère consan- guin.....	{	Le fils, le fils du fils à l'infini ; ou le père, le grand-père paternel à l'infini ; ou le frère germain ; ou une sœur germaine devenue Aceb avec une fille du défunt, ou avec une fille du fils, une fille du fils du fils du défunt à l'infini.
Les fils d'un frère germain.....	{	Les personnes qui excluent le frère consanguin, et en outre le frère consanguin ; ou une sœur consanguine Aceb Ma'Ghairiha.
Le fils du frère consanguin...	{	Les personnes qui excluent le fils d'un frère germain, et en outre par le fils du frère germain.

1. Il est à remarquer que, tandis que les frères et sœurs, surtout germains, ne sont exclus que par les descendants mâles par les mâles et les ascendants mâles par les mâles ; les frères et sœurs utérins sont exclus même par une fille unique et même par une petite-fille (fille du fils, ou fille du fils du fils à l'infini) si éloignée soit-elle. Ce qui confirme notre manière de voir, à savoir que l'introduction de ces successibles parmi les héritiers privilégiés n'avait pour but que d'entamer la réforme en faveur des héritiers Dhawi-Al-Arham.

L'oncle paternel germain.
 L'oncle paternel consanguin.
 Le fils de l'oncle paternel
 germain.
 Le fils de l'oncle paternel
 consanguin.
 L'oncle paternel germain du
 père du défunt.
 L'oncle paternel consanguin
 du père du défunt.
 Le fils de l'oncle paternel ger-
 main du père du défunt.
 Le fils de l'oncle paternel
 consanguin du père du défunt.
 L'oncle paternel germain du
 grand-père paternel du défunt.
 L'oncle paternel consanguin
 du grand-père paternel du
 défunt.
 Le fils de l'oncle paternel
 germain du grand-père pater-
 nel du défunt.
 Le fils de l'oncle paternel
 consanguin du grand-père
 paternel du défunt, etc., etc.

Chacun de ces successibles
 est exclu par ceux qui excluent
 le fils du frère consanguin et
 par celui, ou ceux, qui le pré-
 cèdent, selon l'énumération du
 tableau. Par exemple : l'oncle
 paternel consanguin est exclu
 par tous ceux qui excluent le
 fils du frère consanguin, et par
 l'oncle paternel consanguin qui
 le précède. Le fils de l'oncle
 paternel consanguin est exclu
 par ceux qui excluent le fils du
 frère germain et par l'oncle ger-
 main, l'oncle consanguin et le
 fils de l'oncle germain. Et ainsi
 de suite.

Si l'on examine de près ce tableau on peut en faire
 ressortir plusieurs notions très suggestives, lesquelles
 dénotent d'une façon indiscutable, non seulement l'ad-
 mission du principe de la représentation, mais aussi
 l'inconscience avec laquelle ce principe avait été inter-
 préte par les jurisconsultes, sûrement postérieurs aux
 quatre Imams (1). Voici les notions que l'on peut tirer
 de ce tableau.

1. On sait, en effet, que le texte primitif relatif à la succession
ab intestat est tout à fait restreint et ne comprend en tout que
 quelques pages. Les docteurs postérieurs aux quatre Imams, en
 le commentant lui ont donné la proportion d'un volume; mais en
 faisant œuvre de législateur et non pas de juriste. V. Marçais,
ouv. cité, 47 et ss.

1° Il existe une règle générale placée à la tête de ce tableau et qui régit toute la théorie du Hadjb, ou, à notre avis, la théorie de la représentation. *La règle générale est que tout individu qui se rattache au défunt par un intermédiaire, est exclu par cet intermédiaire, sauf les frères et sœurs utérins qui ne sont pas exclus par leur mère.* Cette exception se comprend fort bien, puisque ces héritiers sont du nombre des Dhawi Al-Fouroud, il n'y a pas moyen de les faire dépouiller par leur mère, cela n'a qu'une importance minime pour ce qui est de la représentation. Mais l'important, est que, cette règle est posée, juste à propos des descendants mâles par les mâles, et des ascendants mâles par les mâles. Donc le principe est que, tout individu qui se réclame d'un intermédiaire, est exclu par cet intermédiaire. Le fils exclut son fils ou son petit-fils. Ce qui est parfaitement logique, puisqu'il est plus proche du défunt, et en outre il est juste *l'intermédiaire par lequel le petit fils se rattache au défunt.* L'article 620 du Code du statut personnel égyptien, en fait l'application, quand il dit: « Le fils exclut le fils du fils et le fils du fils exclut l'arrière-petit-fils plus éloigné que lui, etc. » Il en est de même des ascendants mâles par les mâles. Le père exclut le grand-père paternel, et celui-ci exclut l'arrière-grand père paternel, etc. La règle est donc claire, nette, simple. Mais les docteurs postérieurs aux quatre Imams, en ont tiré pour la représentation, dans ces deux catégories d'héritiers, deux conséquences, l'une logique mais trop mitigée, et l'autre complètement illogique.

Les aïeuls mâles par les mâles. — Cette école dit: *le grand-père paternel est le père* (elle insiste beaucoup sur cette dénomination et en donne plusieurs preuves de sa justification), par conséquent, en l'absence du père, il prend sa place et sa part dans l'héritage et au même titre que lui, c'est-à-dire, soit à titre de fard, soit à titre d'Aceb, soit encore aux deux titres de fard et

d'Aceb. Il en est de même de tous les ascendants mâles par les mâles (1).

Première hypothèse. — Le défunt laisse un fils et un grand-père paternel. Le fils prend les cinq sixièmes à titre d'Aceb, et le grand-père prend le sixième (comme le père) à titre de fard.

Deuxième hypothèse. — Le défunt laisse une fille et un grand-père. La fille prend la moitié à titre de fard ; le grand-père prend un sixième, à titre de fard, et deux sixièmes, à titre d'Aceb (tout comme le père).

Troisième hypothèse. — Il y a en présence un grand-père et des frères et sœurs. Le grand-père prend toute la succession à titre d'Aceb (*parce que le grand-père est le père, dit Abou-Hanifa*).

Donc, contrairement à l'affirmation des juristes, la représentation y est ici en plein fonctionnement.

Les aïeules maternelles. — La plus proche exclut la plus éloignée. Mais en l'absence de la première, la seconde prend sa place et acquiert ce qu'il lui revenait et au même titre qu'elle (représentation).

Hypothèse. — Un homme meurt laissant pour héritiers un père et une arrière-grand-mère maternelle. Cette dernière qui remplace la grand' mère maternelle, laquelle est héritière à fard, prendra ce fard, c'est-à-dire, un sixième. Quant au père, lui, il prend la moitié à titre de fard, et les deux sixièmes à titre d'Aceb, ce qui fait les cinq sixièmes de la succession.

Chose remarquable, tandis que l'aïeul paternel représente complètement le père, l'aïeule maternelle ne représente pas entièrement la mère. Celle-ci, en effet, a une part fixe qui varie entre le sixième et le tiers selon que le défunt ait ou non laissé d'enfants ou des frères et sœurs. Or, en l'espèce, la mère aurait pris un tiers. L'aïeule maternelle qui devrait la représenter et prendre

1. Il existe cependant entre les ascendants quelques différences secondaires que nous examinerons plus loin. V. *infra*, solutions pratiques.

ce tiers, ne prend que le sixième, c'est-à-dire, la plus faible part fixe attribuée à la mère. Mais, nous le savons déjà, la présence de l'aïeule maternelle parmi les Dhawi-Al-Fouroud est une anomalie, résultant des manœuvres de l'école Hanafite pour faire ranger les parents par les femmes parmi les successibles. Son admission n'avait donc pas pour but de la rendre privilégiée comme la mère et partant, sa présence ne devra pas porter préjudice au père et aux aïeuls paternels. Mais une fois réhabilitée, les docteurs ont trouvé le résultat comme acquis et l'ont étendu, par représentation, à toutes les arrières-aïeules maternelles.

Les aïeules paternelles. — Il en est de même des aïeules paternelles. Mais ce qui est curieux à remarquer, c'est que le père exclut l'aïeule paternelle comme il exclut l'aïeul paternel. Ce qui est tout à fait naturel et conforme au principe général, puisque c'est juste lui, qui les rattache au défunt. Mais ce qui ne l'est plus, c'est qu'il n'exclut pas l'aïeule maternelle ! Quant à la mère, elle, elle exclut les deux aïeules maternelle et paternelle ! (1) Pourquoi donc cette supériorité de la femme sur l'homme ? Les docteurs expliquent cette absurdité de la manière suivante : « La mère exclut l'aïeule maternelle parce qu'elle est l'intermédiaire (*parents par le sang*) entre elle et le défunt ; et exclut l'aïeule paternelle à cause de la *similitude ou de l'identité du motif* qui les rattache toutes les deux au défunt, c'est-à-dire, *la maternité* ». Peut-être veulent-ils dire par là que la mère du père est considérée comme la mère de l'enfant, de la même façon que le grand-père paternel, lequel est considéré comme le père ? La grand'mère maternelle étant dans la même condition par rapport à l'enfant, elle se trouve, elle aussi, considérée comme la mère. « Quant au père, lui, il exclut sa mère parce qu'il

1. Nous verrons plus loin que ces deux catégories d'aïeules s'excluent mutuellement : La plus proche exclut la plus éloignée. V. *infra*, solutions pratiques.

est l'intermédiaire (*parent par le sang*) qui la rattache au défunt. Mais il n'exclut pas l'aïeule maternelle pour la simple raison qu'il n'y a pas une similitude de motif entre eux et le défunt (1). » En d'autres termes, le lien (motif) qui rattache le père à l'enfant, est un lien de paternité, et celui qui rattache l'aïeule maternelle au défunt, est un lien de maternité. Or la paternité et la maternité ne s'excluent pas mutuellement.

Les collatéraux. — Si l'on applique aux collatéraux au moins, aux collatéraux immédiats, la règle générale : « Celui qui se rattache au défunt par une personne est exclu par cette personne », on aboutit nécessairement à la représentation. Mais, sûrement pour éviter les complications, les docteurs ont oublié complètement cette règle et ont décidé que le frère germain exclut le frère consanguin, et même ce dernier est exclu, quelquefois, par la sœur germaine, toujours pour la raison, vraiment étrange, de double lien qui rattache le frère germain au défunt (paternité et maternité). Ce qui est, à notre avis, contraire au principe de l'organisation de la famille et aux dispositions coraniques elles-mêmes. Du reste, il suffit de consulter le tableau pour constater qu'ils sont loin d'avoir tiré de cette nouvelle idée toutes les conséquences logiques qu'on devrait attendre. Dépourvus de toute prévoyance, ils tranchèrent les difficultés, tantôt dans un sens, tantôt dans un autre, suivant les circonstances.

Nous avons intentionnellement relégué au dernier rang une catégorie de successibles, laquelle est pourtant, la plus intéressante, c'est-à-dire, la catégorie des descendants mâles par les mâles. Mais il était nécessaire d'agir ainsi, pour préparer les esprits à comprendre l'incompréhensible interprétation de ces juristes.

Les descendants mâles par les mâles. — Pour les des-

1. M. Al-Anbany, *ouv. cité*, t. III, p. 77.

endants la règle est la même. Le fils exclut son fils ou son petit-fils, puisqu'il est la personne *intermédiaire nécessaire entre eux et le défunt*. Mais ce qui est incompréhensible dans une règle aussi claire que celle-là, c'est que les docteurs musulmans l'expliquent de la manière suivante : Le fils exclut le petit-fils, c'est-à-dire, *le neveu !... (le fils de son frère)*. Ce qui est, est-il besoin de le dire, absolument contraire au principe. La faute retombe donc sur les commentateurs du texte original, lequel est la véritable œuvre des quatre premiers Imams, et concorde parfaitement avec les coutumes locales notamment, en Syrie, et aux prescriptions coraniques. Ces auteurs sont si inconséquents avec eux-mêmes, qu'ils répètent à tout instant que, le fils du fils est le fils (1), ou bien encore : « le fils de mon fils est mon fils, mais le fils de ma fille est le fils d'un étranger. ».

En tout cas, les descendants, mâles par les mâles, excluent totalement les collatéraux et en règle générale, l'exclusion totale s'applique à tous les héritiers suivant les circonstances, sauf aux père et mère, au fils, à la fille et aux deux conjoints.

L'exclusion partielle. — Ce ne fut pas tout. Si les commentateurs ont dénaturé la règle fondamentale à propos des descendants mâles par les mâles et à plus forte raison des descendantes des descendants mâles par les mâles, ils se sont trouvés, forcés par les nécessités, c'est-à-dire, par les coutumes locales, à inventer un moyen de relever ces malheureux de cette injuste incapacité, ou du moins d'améliorer un peu leur condition. Ce fut l'expédient de l'exclusion partielle. Lequel fut étendu à d'autres cas et forma ainsi une théorie spéciale. Il se trouvait que certaines personnes avaient une part fixe variable suivant la qualité des héritiers avec lesquels elles concourent; et l'on décida que, dans ces cas,

1. M. Anbany, *ouv. cité*, t. III, p. 84.

il y aura retour à la plus petite part fixe attribuée à ces personnes. C'est ainsi que l'exclusion partielle, ou la réduction, s'opère à l'égard de cinq successibles ordinaires : *La mère, la fille du fils, la sœur consanguine, l'époux et l'épouse*. La mère, par exemple, qui a deux parts fixes, le tiers et le sixième, prend le tiers si elle n'est pas en présence d'un fils ou deux frères et sœurs du défunt, sinon, elle prend le sixième. Examinons le cas qui nous intéresse directement, c'est-à-dire, celui des descendants.

Les petit-fils (neveux), mâles par les mâles, sont exclus totalement par les fils, mais ils ne le sont pas par les filles. Donc ils concourent avec leurs tantes paternelles. Pourquoi ? Parce que, disent les docteurs, les fils du fils sont Acebs et par conséquent supérieurs, à ce titre, aux filles du défunt, auxquelles ils communiquent leur qualité d'Aceb et partagent la succession avec elles. Il en est, à peu près, de même, de la fille du fils ou de la fille du fils du fils à l'infini. Cette dernière est, en effet, exclue par le fils du défunt, mais elle vient à la succession si le défunt n'avait laissé qu'une seule fille. Elle concourt aussi avec deux ou plusieurs tantes paternelles (filles du défunt) mais à condition qu'elle soit rendue Aceb par le fils du fils, etc. On voit clairement que ce genre de ta'sib n'est, en réalité, qu'une application mitigée de la représentation. En effet, cette communication vraiment étrange de ta'sib à des personnes qui sont déjà Acebs, puisqu'elles se rattachent au défunt, soit directement, soit par un Aceb mâle, n'en ont pas besoin de le devenir une seconde fois par un moyen détourné.

§ III. — Conclusions

La conclusion s'impose. La représentation n'est pas étrangère au droit musulman, au contraire elle y est de principe. Si elle a subi certaines déformations, d'ailleurs

très profondes, ce fut du fait de l'incompréhension de la règle générale par les commentateurs ; et en outre, des difficultés insurmontables résultant de la complexité des deux théories arbitraires de Faraïd et de ta'sib. Lesquelles furent d'abord admises et qu'il fallait souvent respecter.

Est-il besoin de le dire ? Cette iniquité révoltante résultant de l'exclusion des petits-fils par leurs oncles paternels, est contraire aux coutumes actuelles, du moins, de la Syrie et du Liban. Il n'y a, dans ces deux pays, que les malhonnêtes gens qui songent à se prévaloir de cette injustice. Mais le cas normal est actuellement, comme il le fut toujours, que le neveu représente son père prédécédé et concourt avec ses oncles paternels. Nous ne citerons qu'un exemple, encore vivant, auquel nous avons assisté personnellement, puisqu'il s'agissait des voisins qui habitaient et habitent encore aujourd'hui la même ville (1) et le même quartier que notre famille : Un père de famille appelé Ibrahim Sassine décéda avant la Grande guerre (1914-1918) laissant pour héritiers quatre fils et un petit-fils (2), fils d'un fils prédécédé (il est mort empoisonné par sa femme). L'héritage d'Ibrahim fut partagé entre les cinq héritiers sans aucune sorte de préférence. Les héritiers ne voulaient ni se prévaloir du texte de la loi, ni recourir à la justice, d'abord parce qu'eux-mêmes considéraient que c'est porter une atteinte grave à leur honneur et à leur amour-propre, que d'écarter de la succession un neveu qui n'est, en somme, que le représentant de leur frère prédécédé, et en outre ils craignaient d'encourir le blâme de l'opinion publique, laquelle est en faveur de ce malheureux exhérité injustement par l'inadvertance des commentateurs.

1. C'est une petite ville de près de deux mille habitants appelée Kafa-Acca, située dans le district de Koura (Liban-Nord).

2. Toutes ces personnes sont encore vivantes et habitent la même ville, sauf deux qui sont actuellement en Amérique.

CHAPITRE V

LE A'WAL ET LE RADD

Ces deux théories de A'wal et de Radd sont, elles aussi, des expédients imaginés par les jurisconsultes musulmans pour combler d'autres lacunes de leur méthode sur la dévolution héréditaire. Cette méthode étant arbitraire et péchant par la base, ne cessa de créer de nouvelles difficultés. Il fallait toujours, quand les conséquences logiques du système ne répondent plus aux nécessités, ou plutôt aux coutumes locales, recourir à des expédients qui justifieraient les coutumes tout en respectant l'esprit religieux de la législation. C'est ainsi que la division des héritiers en Dhawi-Al-Fouroud, Aceb et Dhawi-Al-Arham, aboutit nécessairement à une double difficulté qu'il fallait résoudre. Il peut arriver, par exemple, que les quotités attribuées aux héritiers Fard en concours les uns avec les autres, sont supérieures à l'entier et qu'il faudra alors opérer une réduction proportionnelle de leurs parts respectives. La théorie de l'Awl répond à cette nécessité. Ou bien, il peut arriver que les héritiers à Fard se trouvant en présence des Dhawi-Al-Arham, n'obtiennent pas, à titre de fard, toute la succession, puisque leurs parts fixe peuvent être inférieures à l'entier. Alors comme les Dhawi-Al-Arham viennent au dernier rang dans la classification des successibles, on les écarte, et on attribue le reliquat à Dhawi-Al-Fouroud, à titre de retour : C'est la théorie du Radd. Nous examinerons sommairement ces deux théories en deux paragraphes : 1° Le A'wal : 2° Le Radd.

§ I. — Le A'wal

Les docteurs musulmans donnent, grammaticalement, à la racine du mot A'wl, A'la (ou A'wala), trois significations différentes et toutes les trois sont, d'après eux, exactes et répondent à ce qu'est le A'wl en pratique. Elle peut vouloir dire, dominer, vaincre, on dit, par exemple, sa patience est épuisée, c'est-à-dire, elle est vaincue, dominée ; et partant, les parents qui subissent le A'wal sont vaincus, juste par le préjudice que cette opération leur cause. Ou bien, opprimer, parce que le A'wl opprime les parents qui le subissent, en réduisant leurs émoluments. Ou bien encore, élever, augmenter, parce qu'il augmente l'émolument de ceux en faveur desquels il intervient (1).

Au point de vue juridique, c'est l'augmentation des parts des Dhawi-Al-Fouroud, et la diminution de leurs quotités respectives telles qu'elles ont été fixées par le Coran, la Sunna et l'accord unanime des Imams. Cela se produit lorsque les quotités fixes en présence, sont supérieures à l'entier.

Hypothèse pratique. — Une femme meurt laissant pour héritiers son époux et deux sœurs : l'époux aura la moitié (fard) et les autres les deux tiers (fard) ; ce qui fait $\frac{7}{6}$, un sixième de plus que l'entier. Alors il y a lieu à l'A'wal, ou réduction proportionnelle. L'opération de calcul à la base de l'A'wl est très simplifiée par les docteurs. Elle consiste à rechercher le plus petit commun diviseur de ces fractions, lequel est, en l'espèce, six ; une fois cette opération faite, on additionne les numérateurs et le chiffre obtenu devient l'entier de la succession et chacun prendra un nombre de parts correspondant au chiffre du numérateur respectif. En l'espèce l'époux prendra $\frac{3}{7}$ et les sœurs $\frac{4}{7}$.

Pour justifier cette théorie ils ont naturellement, in-

1. Cf. M. Al-Anbany, *ouv. cité*, t. III, p. 125 à 127.

venté un hadith, lequel est attribué, cette fois, à O'mar ben Al-Khattab et non pas au prophète. Ce hadith dit ceci : Un cas s'est présenté devant O'mar, où les quotités attribuées aux héritiers à fard en présence étaient supérieures à l'entier. O'mar fut embarrassé et ne sachant que faire pour résoudre ce problème, demanda conseil aux compagnons du prophète. Al-A'bbas (un des compagnons), lui conseilla d'opérer le A'wal, c'est-à-dire, la réduction proportionnelle. Tout le monde suivit ce conseil, sauf Abd-Allah ben O'mar, lequel après la mort de son père, refusa de l'admettre. On lui demanda alors, s'il avait agi ainsi du vivant de son père, il répondit que non : « Je l'avais admis, mais, c'était par respect pour mon père. » Alors, que feras-tu, lui demanda un autre, si le cas se présente ? Je ferai subir le préjudice aux héritiers les moins intéressants, c'est-à-dire, les filles et les sœurs, de part déterminée qu'elles avaient, elles n'auraient qu'une part indéterminée. Ton fatwa retombera contre toi, répliqua l'homme, et ton héritage se partagera entre tes héritiers contrairement à ton opinion. Abd-Allah, irrité de cette réplique insolente, répondit : « Dieu n'a jamais dit qu'un bien soit divisible en moitié et en deux tiers. En outre il est admis que les ayants-droits au patrimoine du défunt sont classés par ordre de préférence, et partant hiérarchisés. C'est ainsi que les créanciers des frais funéraires sont les premiers remboursés, puis les créanciers du défunt, puis les légataires et en dernier lieu les héritiers. Il en sera de même pour le partage de la succession entre Dhawi-Al-Fouroud. Il faut donner avantage au supérieur sur l'inférieur. C'est ainsi que l'époux, dans le Coran même, a deux parts fixes, tantôt la moitié, tantôt le quart. Il est par conséquent supérieur aux sœurs, lesquelles n'en ont qu'une seule part fixe : les deux tiers. Or s'il y a lieu de prévoir pour elles une autre part, ça devra être une part indéterminée. Au surplus les sœurs sont Acebs (*sic*) ; or les Dhawi-Al-Fouroud sont

supérieurs aux Acebs (1) ». Ce à quoi les partisans de l'Awl répondent (c'est l'opinion générale) : « La cause de la venue de Dhawi-Al-Fouroud, à la succession est la même pour tous, et vient du Coran. Donc les effets doivent être les mêmes pour tous et chacun prendra son fard, tout entier, s'il y a lieu, sinon on opérera sur toutes les quotités une réduction proportionnelle, tout comme on le fait pour les dettes du défunt en cas de faillite. Quant à dire que Dieu n'a pas dit qu'un bien soit divisible en moitié et deux tiers, cela veut dire qu'il faut opérer, en ce cas, la réduction proportionnelle. L'argument tiré de la supériorité des Dhawi-Al-Fouroud sur les Acebs est sans valeur, parce que l'O'çoubat est la cause la plus forte de la vocation héréditaire » (2). Cette discussion se passe de tout commentaire.

§ II. — Le Radd

Le Radd ou le retour est le contraire de A'wl et joue dans les cas où les Dhawi-Al-Fouroud se trouvant en présence des Dhawi-Al-Arham, leurs quotités fixes n'absorbent pas toute la succession, on leur attribue le reliquat, à titre de Radd, pour écarter les Dhawi-Al-Arham. Seulement, cette théorie ne s'applique pas en faveur de tous les héritiers à Fard. Les conjoints furent écartés, parce que, disent les docteurs, les époux ne sont pas Dhawi-Fouroud, parents par le sang. En réalité, ils ont voulu les écarter parce que, si l'héritage passait aux conjoints au détriment des Dhawi-Al-Arham parmi lesquels il y en a beaucoup très intéressants, comme par exemple, les enfants de la fille ou les tantes paternelles, ce serait contraire aux Coutumes locales,

1. Cf. M. Al-Anbany : *ouv. cité*, t. III, p. 127 et ss.

2. Il est à remarquer que ces auteurs ont dénié ailleurs la qualité de Aceb aux femmes. Ici ils l'admettent.

lesquelles placent ces héritiers dans un rang assez avantageux en présence des conjoints.

Pour que cette théorie puisse s'appliquer il faut deux conditions :

1^o Que les quotités fixes n'absorbent pas toute la succession ;

2^o Qu'il n'y ait aucun parent Aceb. Parce que s'il y en avait un, il prendrait le reliquat à titre d'aceb.

Hypothèse. — Si le défunt laisse une fille et une fille de fille. La fille prend la moitié à titre de Fard et l'autre moitié à titre de Radd. Mais si la fille est en présence d'un frère ou d'une sœur du défunt, par exemple, ces derniers concourront avec elle parce qu'ils sont Acebs.

Nous n'insisterons pas sur l'opération de calcul dans les cas où il y a plusieurs héritiers à Fard n'absorbant pas la succession entière. C'est une étude longue, compliquée et inutile. En tout cas, elle ne nous intéresse pas directement. Nous dirons seulement un mot sur la justification de cette théorie.

Le Radd est bien loin d'avoir rallié tous les Imams. Ils se sont, dès le début, partagés en deux groupes. D'une part, les partisans : Abou-Hanifa et Ibn Hanbal ; et d'autre part, les adversaires irréductibles : Chafîi et Malek.

Les adversaires de cette théorie suivent en cela l'opinion de Zaïd ben Thabet, lequel soutenait que le reliquat devait être attribué à Beit-El-Mal (trésor public), pour les raisons suivantes :

1^o Le montant des parts fixes est établi par le Coran et il n'est pas permis de l'augmenter ou de la relever ;

2^o Les parts fixes ne peuvent être établies par fatwa. Les partisans du Radd, ne se sont pas naturellement arrêtés devant ces objections quelque peu étonnantes dans la bouche de ces docteurs qui se montrent par ailleurs si peu scrupuleux à l'égard du Coran, ou de la Sunna. Voici les arguments qu'ils présentèrent à l'appui de leur doctrine ;

1^o Dieu dit que : « Les Dhawi-Al-Arham sont walis les uns des autres ». Donc ils passent avant le trésor public ;

2^o Il y a un hadith où il est dit que le prophète avait accordé à une femme toute la succession de son enfant naturel. Ce qui ne pouvait se faire ou s'expliquer qu'à titre de Radd ;

3^o Il y a un autre hadith qui ne laisse aucun doute sur ce point : « une femme vint trouver le prophète et lui dit « O Envoyé de Dieu, j'avais donné une esclave à ma mère. Or, ma mère est morte et l'esclave est restée (vivante). Qu'en faut-il faire ? L'esclave fera retour à toi par voie d'héritage, lui répondit le prophète ».

Mais, tous ces arguments sont trop peu convaincants. En premier lieu, dire que les Dhawi-Al-Arham sont walis les uns des autres, c'est-à-dire, héritiers les uns des autres ; c'est aller trop loin. Car Wilayat ne veut pas dire du tout, parenté, mais simplement alliance, amitié, dans le sens politique et social du mot. Quant aux hadith, ils sont de pure invention.

En effet, les adversaires ne peuvent-ils pas invoquer le hadith suivant où le prophète aurait dit : « L'ange Gabriel m'a dit que les tantes paternelles et maternelles n'ont rien ? En réalité, ce fut toujours la préoccupation de ces juristes de justifier les coutumes locales pour ce qui concerne les parents par les femmes.

CHAPITRE VI

LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE

La réserve héréditaire fait logiquement partie du testament. Mais, comme nous l'avons dit, dans notre préface, notre but est moins de faire une étude sur la succession, que de montrer les inconvénients innombrables qu'engendrent certaines dispositions faibles ou étroites de notre statut personnel. La réserve héréditaire ayant une importance capitale au point de vue privé, social et économique, nous avons cru devoir attirer sur ce point l'attention du législateur pour réparer l'erreur et faire cesser les inconvénients.

La réserve héréditaire est une quote-part de la succession *ab intestat* que le propriétaire ne peut en disposer à titre gratuit au détriment de certains proches parents. Les législateurs modernes, comme les anciens, prévoient une certaine quotité de l'héritage, réservée aux plus proches parents, pour éviter les animosités et les misères qui pourraient résulter du fait du père de famille de disposer de tous ses biens à titre gratuit en faveur des étrangers et aux détriments de ses propres parents. Mais le montant de cette quotité est variable suivant les tendances et les aspirations de chaque nation. C'est ainsi qu'en France, par exemple, cette quotité varie entre le quart et les trois quarts de la succession selon l'importance du parent en faveur duquel elle est établie (1).

Cf. Marcel planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. III, p. 783 et ss. Paris, 1921.

Le législateur romain avait fini, lui aussi, par assurer à certains proches parents : notamment les descendants, et les ascendants, une portion de l'héritage dont leur auteur ne pourra les dépouiller par des libéralités faites à d'autres (1).

Mais il a cru devoir fixer cette quotité d'une façon invariable : un quart de la succession *ab intestat* sans distinction aucune entre ascendants ou descendants. Et le régime a duré jusqu'à la réforme de Justinien dont le Coutumier n'a pas tenu compte.

Dans les Coutumes Syriennes il y avait aussi une réserve en faveur des descendants et des ascendants. Le § 1^{er} du Coutumier Syrien (texte arabe) fixe cette quotité au quart au profit des enfants. En outre le § 68 dispose qu'il est interdit à l'homme et à la femme de disposer par testament du vivant de leurs pères ou de leurs grands-pères paternels. Mais de tous les biens ?

En tout cas l'essentiel est que ces deux législations s'accordent sur deux points : 1° ne pas étendre indéfiniment à tous les parents et à tous les degrés, la mesure de protection établie en faveur des descendants ou des ascendants ; 2° Ne pas gêner l'individu par une mesure trop sévère et décourageante, en lui laissant une marge suffisante de faire des libéralités à qui il lui plaira.

A la différence du droit français, le droit romain interdit à la personne de disposer de cette marge en faveur d'un héritier, parce que, d'après lui, une personne ne peut pas cumuler les deux titres, d'héritier et de légataire, en même temps.

La législation musulmane est, à ce dernier point de vue, conforme à la législation romaine. Les deux titres d'héritier et de légataire ne peuvent pas se réunir sur une même tête. Mais sur les trois autres points principaux, la législation musulmane s'écarte de toutes les législations et de toute logique. Ces trois points sont :

1. Cf. M. Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, notamment : p. 531, 549, 734, 700, 713, etc. Paris, 1917.

1° La quotité de la réserve est fixée invariablement à deux tiers de la succession *ab intestat* ;

2° Elle est établie en faveur de tous les successibles, si éloignés du défunt, soient-ils ;

3° Elle ne fonctionne que contre les dispositions testamentaires.

Avant d'examiner ces trois points, disons un mot de ce que comprennent les docteurs musulmans par testament.

« Le testament est un acte à titre gratuit, disent les docteurs, qui ne peut avoir effet qu'après la mort du testateur. Logiquement cet acte est irréalisable et inadmissible. En effet, il opère transfert de propriété sur la tête du légataire, juste après la mort du testateur. Or, celui-ci étant mort et partant ayant perdu toute personnalité juridique et tout droit de propriété ; il ne pourra pas réaliser ce transfert après sa mort. Mais on l'admet à cause de son utilité pratique et surtout parce que Dieu en a parlé dans son Livre : «... après que les legs et les dettes auraient été acquittés (S-IV. v. 13-14). » Est-il besoin de le dire ? Tout cela est du droit romain. Nous nous contentons d'y renvoyer (1).

La justification de l'incapacité de l'héritier à recevoir un legs, est une des nombreuses curiosités bizarres de cette institution. Elle est basée sur les raisons suivantes :

1° Un hadith attribué au prophète où il est dit : « Dieu a donné à chacun ce qui lui est dû. Aucun legs ne peut être fait en faveur d'un héritier » (2) ;

2° Une raison sociale : d'écarter les animosités qui peuvent naître si le père de famille avantage un de ses héritiers au détriment des autres. Cette dernière raison est aussi du droit romain. Il en est de même de la règle

1. Cf. M. Al-Anbany : *ouv. cité*, t. II, p. 269 et ss. M. Cuq : *ouv. cité*, p. 681 et ss. 763 et ss. Il serait très intéressant de comparer les deux institutions, lesquelles sont, à notre avis, presque identiques.

2. M. Al. Anbany, *ouv. cité*, t. II. p. 276.

suivante relative à l'exécution du legs qui entame tout ou partie de la réserve héréditaire.

Supposons que le défunt laisse pour héritiers, deux fils, et qu'il lègue à un tiers, la moitié de ses biens ; soit un sixième de plus de ce qu'il avait droit de léguer. Dans cette mesure le legs ne peut être exécuté que du consentement des héritiers. Si tous les deux confirment le testament, le légataire obtiendra la moitié (le legs tout entier). Si l'un le confirme et l'autre le rejette ; le légataire prendra d'abord le tiers et de plus un douzième sur la part du confirmant et perdra le reste. En définitive, le légataire obtient les cinq douzièmes ; le fils confirmant les trois douzièmes, et l'autre les quatre douzièmes.

Mais voici l'inattendu. Cette confirmation du legs par l'héritier opère un transfert de droit de propriété, non pas de la tête de l'héritier (lequel est pourtant successible nécessaire, c'est-à-dire, propriétaire de l'héritage, titre que le *de cuius* avait définitivement perdu par sa mort), à celle du légataire ; mais au contraire, de la tête du défunt à celle du légataire. En d'autres termes, elle opère un effet rétroactif. Le légataire est dès lors sensé recevoir ce dernier douzième, comme le tiers, directement du défunt. D'où les conséquences suivantes :

1° Celui qui a accepté de confirmer le legs ne peut plus se rétracter, même avant la délivrance, car il est possesseur d'un bien appartenant au légataire. *Appartenant au légataire !* En vertu de quel principe donc ? Puisque le défunt de son vivant ne pouvait pas dépouiller son enfant de ce douzième. Comment peut-il le faire après sa mort ? En outre, la confirmation se produisit, justement, à un moment où le défunt a perdu toute capacité juridique. Ses biens sont devenus la propriété de ses enfants, comment pourra-t-il alors transférer à d'autres, des choses qui ne lui appartiennent plus ?

En tout cas la réserve de deux tiers ne fonctionne pas au profit de Beit-El-Mal, sauf dans un seul cas, celui où

le trésor public se trouve en présence du veuf ou de la veuve et en l'absence de tout autre parent. Dans ce cas, le conjoint prend seulement son Fard et le reste appartient au trésor public. Pour remédier à cette situation bizarre qui fait placer les parents très éloignés dans une situation supérieure à celle des époux, les docteurs ont décidé que, puisque le Radd ne joue pas en faveur du conjoint survivant le testament sera exécutable pour le tout à son profit. Mais alors, le conjoint n'est donc pas héritier ? Et s'il l'est, pourquoi s'obstiner à dire que les deux titres d'héritier et de légataire ne se réunissent pas sur une même tête ?

Passons maintenant à l'examen de ces trois points que nous avons indiqués plus haut :

1^o *La réserve est invariablement de deux tiers.* — L'invariabilité de ce taux est conforme au droit romain d'avant Justinien, et aux Coutumes syriennes ; sur ce point il n'y a rien à ajouter. Mais pourquoi deux tiers et non pas un quart comme dans ces deux législations ? Pour nous, aucun doute n'est possible sur ce point. Les docteurs ont pris pour base le maximum de Fard prévu par le Coran, c'est-à-dire, les deux tiers ; qui est la plus grande part fixe assignée aux successibles et il ne fallait pas laisser à la personne la faculté de dépouiller les héritiers en question par des dispositions testamentaires. Mais alors, pourquoi ne l'a-t-on pas établi en faveur de ces héritiers seulement ? La raison est simple : c'est que les docteurs se sont trouvés devant ce fait évident, que cette grande part est attribuée aux filles et aux sœurs (germaines ou consanguines). Or, ces personnes ne sont sûrement pas les plus intéressantes des héritiers. Il y avait d'abord les fils qui n'avaient aucune part fixe, puis le père qui n'avait en présence d'enfants que le sixième, etc., etc., faire passer les femmes avant ces personnes, ce sera jouer à la ridicule. Enfin les difficultés étaient multiples et il est inutile de les énumérer toutes.

Voici, au reste, comment ils la justifient. Il s'agit naturellement d'un hadith. « Sa'd ben Waqqas raconte de lui-même : « Un jour que j'étais gravement malade, le prophète vint s'enquérir de mes nouvelles. Je lui dis : « O Envoyé de Dieu. Tu vois la gravité de mon état. Je suis riche et je n'ai pour tout héritier qu'une fille, est-ce que je peux léguer les deux tiers de mes biens à d'autres ? Non, répondit le prophète. — Alors la moitié ? non. — Le tiers ? Le tiers, oui, et le tiers c'est beaucoup. Car il est préférable que tu laisses tes héritiers riches que de les laisser pauvres, à la charge des autres » (1).

2° La réserve est établie en faveur de tous les successibles à l'infini, cette condition découle de la précédente. Du reste les docteurs s'appuient en cela sur le hadith précité. En réalité, une fois engagé dans cette impasse, on ne peut plus agir autrement. D'abord, ils ne pouvaient dépouiller les Dhawi-Al-Fouroud dont ils ont démesurément multiplié le nombre. Les aïeules paternelles et maternelles, par exemple, ont leur fard et doivent par conséquent être protégées ; mais il fallait aussi protéger les descendants du défunt, ses collatéraux... en un mot tous les parents Acebs, lesquels sont, en principe, les plus proches du défunt. Une fois les uns et les autres admis, il devint impossible de ne pas comprendre les Dhawi-Al-Arham et les ranger à côté des aïeules maternelles et des frères et sœurs utérins, lesquels ne sont, en réalité, que du même rang et ce fut juste dans le but de les réhabiliter tous qu'ils ont rangé parmi les héritiers privilégiés ces personnes exceptées.

3° La réserve héréditaire ne joue que contre les dispositions testamentaires. C'est un des points les plus inintelligibles des méthodes de ces juristes. On sait, en effet, que le droit romain avait commencé par protéger les héritiers contre les dispositions testamentaires seule-

1. Al. Anbany, *ouv. cité*, t. II, p. 279.

ment. Mais à partir du III^e siècle de notre ère, l'effet de la protection fut étendue aux donations, et dès lors ne peut-on pas présumer son application dans la province de Syrie ? Il est, croyons-nous, bien difficile de se prononcer sur ce point, d'une façon certaine. Mais on peut au moins, interpréter l'esprit du paragraphe 68 du Coutumier Syrien dans le sens que la réserve héréditaire ne fonctionnait pas contre les donations. En effet, ce paragraphe interdit à l'individu de faire son testament du vivant de son père ou de son grand-père, mais il ne dit rien des libéralités entre-vifs. Le paragraphe 75 est aussi en ce sens. Par contre le paragraphe 59 prévoit un cas de donation déguisée faite par un mari à sa femme et décide que l'acte est valable, sans aucune réserve concernant la protection en question : « Si un homme se marie avec une femme veuve et que, après leur mariage, il lui achète (*donation déguisée*) en son nom (au nom de la femme), une maison, un terrain, ou quelque autre chose semblable. Si le mari remet à sa femme l'acte d'achat, celle-ci devient propriétaire indubitable de la chose achetée ».

En outre, nous avons vu, que les coutumes juives n'établissent aucune réserve contre les libéralités entre-vifs. En tout cas, c'est la solution admise par le droit musulman. Le père de famille reste entièrement libre de donner tous ses biens à qui il voudra sans que personne puisse s'en plaindre utilement.

Le résultat de tout cela et de toutes les difficultés qui entourèrent le testament ne se fit pas attendre. L'institution est tombée en désuétude et n'est plus actuellement dans nos mœurs. Il est extrêmement rare de rencontrer un individu faire un testament en quoi que ce soit. S'il voulait faire des libéralités, il le ferait sous forme de vente déguisée, lequel procédé n'est contesté par personne. C'est une anomalie à laquelle il faut aussi remédier le plus tôt possible.

CHAPITRE VII

SOLUTIONS PRATIQUES

Les solutions pratiques qui constituent, en somme, la trame de la succession en droit musulman actuel, ont été largement étudiées par d'éminents savants : MM. Solvet (1), Sautayra et Charbonneau (2), Clavel (3) et Luciani (4), dont les ouvrages contiennent autant de renseignements précis qu'il est possible d'en donner de cette institution. En outre, M. Marçais, dans son étude sur les parents et alliés successibles en droit musulman, a consacré, tout naturellement, plus de la moitié de son ouvrage, à l'explication et à l'économie de ces solutions pratiques (5). Au surplus à ceux que cette étude intéresse spécialement nous recommandons l'excellent traité (6) de Mohammad, Al-Anbany, professeur du Char' à l'école Khédéviale de droit du Caire, qui constitue l'ouvrage le plus clair, le plus précis et le plus complet de tous les traités arabes sur la matière. Ces ouvrages nous dispensent de l'étude détaillée de ces solutions. La question des origines et de l'évolution de cette institution formant l'objet essentiel de notre ouvrage, les solutions pratiques ne seront qu'un complé-

1. Solvet, *Notices sur les successions musulmanes*. Alger, 1857

2. Sautayra et Charbonneau, *Droit musulman, du statut personnel et des successions*, 2, v. Paris, 1873-1874.

3. Clavel, *ouv. cité*, t. II.

4. Luciani, *Traité des successions musulmanes (ab intestat)*, *Extrait du commentaire de la Rahbia par Chenchouri*. Paris, 1890.

5. M. Marçais, *ouv. cité*, p. 81 à 195.

6. M. Al-Anbany, *ouv. cité*, 3 v.

ment et une justification des développements antérieurs. Donc, nous examinerons, sommairement, ces solutions, et seulement celles relatives aux héritiers à fard et aux héritiers Acebs. Pour ce qui est de Dhawi-Al-Arham, nous renvoyons à nos développements antérieurs.

§ I. — Les conjoints

Les droits successoraux des conjoints ont été fixés définitivement par le Coran. Des docteurs n'ont pas cru utile de les modifier ou de les étendre comme ils l'ont fait pour les autres héritiers à fard. Il les ont rélégués dans une classe spéciale, mais indéterminée, et en dehors de la classification générale des héritiers en Dhawi-Al-Fouroud, Acebs et Dhawi-Al-Arham. Les conjoints donc concourent avec tous les héritiers sans exception.

I. — Le veuf

Le verset 13 de la Sourat IV détermine d'une façon non équivoque la part fixe du conjoint survivant. Cette part est tantôt du quart, tantôt de la moitié.

Première hypothèse. — Si le veuf est en présence d'un descendant héritier, c'est-à-dire, un fils ou une fille de la défunte, ou un fils du fils, à l'infini, ou d'une fille du fils ou fille du fils du fils, à l'infini, le veuf prendra le quart de l'héritage, l'autre, quel que soit son degré (représentation) prendra le reste : les trois quarts.

Deuxième hypothèse. — En présence de n'importe quel autre successible, le veuf aura la moitié ; l'autre moitié ira à l'autre successible quel que soit son rang ou sa condition. Voici la singulière justification de cette hypothèse, par les docteurs. Le v. 13, n° 1, dit ceci : « A vous (hommes) la moitié de ce que laissent vos épouses, si elles n'ont pas d'enfants » un *enfant* (le texte dit *waladone*). Le mot *enfant*, d'après ces docteurs,

veut dire, *ici*, fils ou fille, ou fils du fils à l'infini, ou fille du fils, ou fille du fils du fils à l'infini !...

II. — La veuve

La situation de la veuve est aussi simple que celle du veuf. Ses droits sont limitativement et définitivement déterminés par le Coran (v. 14. S. IV). Sa part fixe est, tantôt du huitième, si le défunt laisse des fils : descendants mâles par les mâles, ou une fille, ou des filles : descendantes des mâles par les mâles ; tantôt du quart, si le défunt laisse des héritiers autres que la catégorie précédente.

§ II. — Les descendants

I. — Le fils

Les droits successoraux du fils n'étant pas déterminés d'une façon précise par le Coran, les docteurs, nous l'avons vu, ont élaboré la théorie de ta'sib et ont, placé le fils à la tête de tous les héritiers Acebs. Dans l'intention de lui faire une situation avantageuse, ils ont, par maladresse ou par incompréhension, supprimé les droits du fils de son frère en sa présence, sans s'apercevoir de la double infraction qu'ils venaient de commettre, d'une part, contre la logique, c'est-à-dire, contre la règle générale admise par eux, à savoir : qu'une personne qui se rattache au défunt par un intermédiaire, est exclue par cet intermédiaire. Et d'autre part, contre la notion d'une élémentaire justice et d'équité. Le grand-père possède des droits tant sur la personne que sur la succession de son petit-fils (puisqu'il exclut les collatéraux), n'est-il pas équitable qu'il y ait réciprocité entre eux ? Ce que les auteurs de cette disposition n'ont pas compris, c'est l'effet désastreux qu'une pareille iniquité produit dans les esprits et dans la famille. Elle développe l'égoïsme sauvage et brutal au détriment de l'esprit d'humilité et de bonté qu'on doit avoir à l'égard des

faibles, que le Coran ne cesse jamais de recommander et qu'il place au-dessus de la prière et du pèlerinage. Dans la famille, c'est une source de désordre et d'inimitié. Comment pourrait-il en être autrement, lorsqu'une personne vivant dans l'opulence, se trouve par le décès prématuré de son père, déclassée et rejetée de sa famille et plongée dans l'indigence et la misère ?

A part cela, cette singulière théorie de *ta'sid* produit les effets suivants :

1° Si le fils est en concours avec ses sœurs, il leur communique (ce dont elles n'ont pas besoin), la qualité d'Aceb et prend dans le partage une part double de celle de chacune d'entre elles.

2° S'il est en concours avec des ascendants, il fait subir à ceux-ci une forte réduction de leurs parts. Puisqu'il est, disent les docteurs, supérieur en sa qualité d'Aceb, à toute autre personne, les ascendants doivent se contenter de leur fard et ce fard sera, selon le Coran, la moitié ou le quart de ce qu'ils auraient eu si le défunt n'avait pas laissé d'enfant. En d'autres termes, le père ou l'aïeul paternel à l'infini, ne prendra qu'un sixième au lieu des deux tiers (part qu'il aurait obtenue si le défunt n'avait pas laissé d'enfants) ; la mère ne prendra qu'un sixième au lieu du quart (v. 12. S. IV), etc.

3° Tous les autres parents, sans exception (sauf le conjoint survivant, bien entendu) sont écartés de la succession en présence du fils.

En résumé, le fils possède la situation la plus avantageuse parmi les successibles ordinaires ou non. Cette théorie incohérente et arbitrairement tirée du Coran ou de la Sunna aboutit à placer un individu qui n'est cité qu'accidentellement dans le Coran, au-dessus de toutes personnes prévues ou non prévues par le Livre.

II. — Le petit-fils

Le petit-fils, c'est-à-dire, tous les descendants du fils, mâles par les mâles, si éloigné, soit-il, du défunt, vient à la succession à une double condition :

1° Que le défunt n'ait pas laissé un fils (fils immédiat du défunt).

2° Qu'il ne soit pas primé par un autre petit-fils plus proche du défunt. A part ces conditions, il concourt avec tous les descendants ou ascendants successibles ordinaires, auxquels du reste, suivant les cas, il fait subir d'importantes réductions de parts. C'est ainsi que le père, par exemple, ne prendra, en sa présence, que le sixième, il en est de même de la mère ; la fille du défunt prendra la moitié (fard) et lui, il prendra l'autre moitié à titre d'Aceb, etc., etc.

III. — La fille « Assolbyyat » (1)

Le Coran règle d'une façon suffisamment claire, les droits de la fille ou des filles du défunt. Mais les doc-

1. Il est à remarquer que les docteurs entendent par fille *assolbyyat* la fille du défunt en général, sans distinguer entre fille du premier ou de second lit. Il en est de même du fils ou du fils du fils à l'infini, lesquels sont appelés les fils *solb* ou *assolbyyat*. Cette dénomination est caractéristique. Car on ne conçoit vraiment pas en quoi peut consister la différence entre les filles du défunt ou encore une fille du défunt qui n'est pas *solbyyat*, c'est-à-dire, qui n'est pas née de ses œuvres, (à moins que ce ne soit pas une fille adoptive, ce qui est en l'espèce invraisemblable, puisque dans toute la succession on ne voit aucune trace d'un enfant adoptif. Du reste l'adoption n'est connue chez les musulmans que sur le papier. En Syrie et au Liban, par exemple, l'adoption n'existe pour ainsi dire pas. Cette dénomination a pourtant un sens. Lequel est qu'il ne faut pas distinguer, pour les enfants du défunt, ceux qui sont du premier, de ceux qui sont du second ou du troisième lit. Nous verrons plus tard ce qu'ils ont fait de ce double lieu de parenté en ce qui concerne les collatéraux.

teurs ne se sont pas entendus, ni sur le texte, ni sur tous les cas de successibilité de ces parents.

Le Coran prévoit trois situations pour ces personnes : le cas où il n'y a qu'une fille, le cas où il y a plus de deux filles, et le cas où il y a une ou plusieurs filles en présence d'un ou de plusieurs fils. Nous les examinerons successivement :

Première hypothèse. — Le défunt n'a laissé pour descendants immédiats qu'une fille. Celle-ci prend alors la moitié en vertu de verset 12 S. IV du Coran : « Au cas où il n'y aura qu'une seule fille, elle recevra la moitié ». Sur ce point tout le monde reste d'accord.

Deuxième hypothèse. — Le défunt n'a laissé pour descendants immédiats que deux ou plusieurs filles. Dans ce cas, ces filles ont droit aux deux tiers de la succession. Cette solution quoique universellement admise aujourd'hui, ne l'était pas du tout au début. Voici, en effet, le fragment du verset 12 relatif à ces parentes : « S'il n'y a que des filles et qu'elles soient plus de deux, elles auront les deux tiers de l'héritage ». Ce fragment ne prête à aucune équivoque, il faut que les filles soient plus de deux pour qu'elles aient droit aux deux tiers. Ibn Abbas a soutenu énergiquement cette solution. Puisque Dieu, disait-il, parle des filles au pluriel et non au Mothanna, c'est qu'il a voulu que les deux filles soient traitées comme une seule et ne prendront que la moitié de la succession.

Plusieurs jurisconsultes ont suivi l'opinion d'Ibn A'bbas. Mais l'opinion contraire a prévalu. Cette dernière opinion soutient que, les mots (plus de deux), veulent dire, dans l'esprit de Mohammad, deux ou plus de deux. La preuve, c'est que le verset 175 accorde aux deux sœurs les deux tiers de la succession, à plus forte raison les deux filles. En outre, il y a un hadith en ce sens. Le prophète accorda aux deux filles de Sa'd ben Rabya les deux tiers de la succession paternelle. Cette

dernière opinion fut enfin consacrée par toutes les écoles.

Troisième hypothèse. — La ou les filles sont en concours avec un ou plusieurs fils. Le v. 12 prévoit cette hypothèse : « Dieu vous commande dans le partage de vos biens entre vos enfants de donner au garçon la part de deux filles ». Donc le fils a droit à une part double de celle d'une fille. Il est intéressant de signaler une singulière conséquence du système de ces juristes. Supposons qu'une femme meurt laissant pour héritiers son époux, son père, une aïeule maternelle, un fils et deux filles : le veuf obtiendra $9/36$ (fard) ; le père, $6/36$ (fard) ; l'aïeule maternelle $6/36$ (fard). Tout cela est logique et en conformité avec le système de faraïd, mais ce qui ne l'est plus, c'est le résultat du ta'sib. La présence du fils (Aceb) qui communique sa qualité à ses sœurs (qui n'en ont pas besoin) fait perdre à celles-ci leur fard qui est, en l'espèce, de deux tiers, et les réduit chacune à $5/48$ de la succession ! et lui, le fils du défunt n'aura que $5/24$, c'est-à-dire, un peu plus que l'aïeule maternelle, et beaucoup moins que l'époux. Tandis que si ce fils n'existait pas, ces pauvres filles réduites à presque rien du tout, auraient eu les deux tiers comme fard et obtenu à ce titre une réduction proportionnelle de tous les fards de leurs concurrents. Elles auraient eu ainsi chacune droit aux $4/15$, c'est-à-dire, un peu moins que le quart de la succession, au lieu de la part insignifiante de $5/48$.

Une théorie qui donne des pareils résultats ne peut durer que dans une société inconsciente de son existence et de ses intérêts essentiels les plus élémentaires. La succession est ouverte non pas en faveur de n'importe qui, ni pour distribuer les biens du défunt n'importe comment. Elle est ouverte en faveur des enfants. L'homme n'accumule pas ses biens et ne passe pas sa vie à économiser pour le bon plaisir de les donner

à son épouse ou à sa grand'mère maternelle en laissant ses propres enfants dans la misère.

Les auteurs de ce système se sont aperçus de ces inconséquences et ils ont cherché à limiter ses effets. Dans l'exemple ci-dessus, les filles ont perdu leur fard en vertu de la théorie de ta'sib Bighaïrihi. Or il arrive parfois, que ce n'est pas le fils mais le petit-fils qui concourt avec les filles du défunt, pour ne pas tomber dans les mêmes erreurs, les docteurs ont décidé que la qualité d'Aceb Bighaïrihi ne se communique qu'entre parents d'un même degré : Ce qui est, du reste faux, puisque, comme nous le verrons à propos de la petite-fille du fils, cette communication peut se produire d'un degré à un autre. En réalité, ce ne fut qu'un expédient, et ils ont décidé qu'alors, en l'espèce, la fille prend son fard, la moitié ; et le petit-fils le reste à titre d'Aceb.

Nous n'insisterons pas sur le concours de la fille ou des filles avec les ascendants, ou la fille du fils, ou encore avec les collatéraux en général ; car ce sont toujours les mêmes erreurs plus ou moins réparées par de nouveaux expédients. Nous nous contentons d'y renvoyer (1).

IV. — La petite-fille]

On entend par là, la fille du fils et la fille du fils du fils à l'infini. En d'autres termes, toute descendante d'un descendant mâle par le mâle à l'infini. Nous avons vu précédemment que, le Coran ne parlait pas du tout de cette catégorie, et ce fut par interprétation extensive des dispositions coraniques que les docteurs sont arrivés à prévoir ces héritiers et leur ont accordés des droits héréditaires. Mais avec leur système compliqué, il est tout naturel qu'à mesure qu'on s'éloigne du défunt les difficultés augmentent et les expédients se multiplient. En conséquence, la condition de ces descendantes est une

1. M. Marçais, *ouv. cité*, p. 89, 90, 91.

des plus compliquées du système successoral musulman. Cette condition varie presque à l'infini, suivant les successibles avec lesquels la petite-fille est appelée à concourir. Nous examinerons sommairement les hypothèses les plus pratiques.

Première hypothèse. — Le défunt n'a laissé pour tout descendant qu'une petite-fille. Celle-ci, si éloignée qu'elle soit du défunt, aura droit à la moitié (fard) comme la fille elle-même.

Deuxième hypothèse. — Si au lieu d'une seule petite-fille il en a laissé deux ou plusieurs. Celles-ci auront les deux tiers de la succession, à titre de fard.

Troisième hypothèse. — Il y a une ou plusieurs petites-filles et un petit-fils du fils. Celui-ci communique à ses sœurs ou à ses cousines, qui n'en ont pas besoin, sa qualité d'Aceb et réduit ainsi leurs parts à son profit. Peu importe que ce petit-fils soit d'un degré égal ou postérieur à celui de la petite-fille ; cela n'empêche qu'il leur communique sa qualité d'Aceb. Et pourtant, nous savons déjà, que la règle est, que la communication de qualité d'Aceb ne peut se produire qu'à égalité des degrés !... C'est un expédient comme les autres. Donc la petite-fille devint Aceb Bighairiha, perd son fard et partage la succession avec le petit-fils avec privilège de masculinité. « Le garçon aura deux tiers et la fille un tiers (1). »

Quatrième hypothèse. — Il ya une ou plusieurs petites-filles, en présence d'une fille du défunt. Il est universellement admis que là où les petites-filles prendront le sixième, la fille prendra la moitié à titre de fard et le reliquat à titre de radd. Mais la justification de cette règle est curieuse. Tandis que Bokhary l'appuie sur une décision personnelle d'Ibn Mas'oud (2), Mohammad Al-

1. *Remarque.* — La petite-fille, on le voit, n'exclut pas le petit-fils d'un degré postérieur, tandis que celui-ci exclut l'autre, s'il lui est supérieur d'un degré. C'est toujours la théorie de ta'sib.

2. V. Marçais : *ouv. cité*, p. 94.

Anbany la fonde sur un hadith rapporté, d'après lui, par Ibn Mas'oud (1). Du reste, l'espèce est la même dans les deux cas. Ibn Mas'oud raconte de lui-même : « J'ai entendu le prophète dire, que la fille aura la moitié, la petite-fille le sixième et le reste pour la sœur. » Il s'agit en l'espèce, d'une fille, d'une petite-fille et d'une sœur. La solution fut généralisée et l'on décida que, désormais, la petite-fille n'aura toujours que le sixième et rien de plus ou de moins ; si elles étaient plusieurs, elles se partageront le sixième entre elles. Le reste est pour la fille. Mais pourquoi donc un sixième et pas plus ? parce que, disent les docteurs, c'est le complément des deux tiers attribués par le v. 12 à deux ou plusieurs filles !

Cinquième hypothèse. — Cette hypothèse est la conséquence de la précédente. Si le défunt avait laissé deux ou plusieurs filles, et une petite-fille, celle-ci sera écartée de la succession. Car les deux filles prendront les deux tiers ou le tout suivant la condition des héritiers autres que la petite-fille, qui se trouvent en face d'elles. Le sixième attribué à la petite fille comme complément des deux tiers, est absorbé par les filles et par conséquent on ne lui donne rien (2).

Sixième hypothèse. — La petite-fille est en présence d'un fils. Celui-ci l'exclut complètement, comme il exclut les fils du fils (les fils de ses frères).

Remarque. — Les docteurs ne nous parlent que de ces genres de concours, mais ils ne disent rien des cas où il y a en présence deux petites-filles des degrés différents : par exemple, une fille d'un fils et une fille du fils d'un autre fils du défunt, c'est-à-dire, l'une supérieure à l'autre d'un degré, est-ce qu'elles s'exclueront l'une l'autre ? Nous ne le croyons pas. Car il serait bien difficile de prouver à quel titre la première primera la seconde ; par conséquent, il faut lui appliquer la règle

1. M. Al-Anbany ; *ouv. cité*, t. III, p. 66.

2. Pour plus de détails, v. Marçais, *ouv. cité*, p. 96 et ss.

générale : « Celui qui se rattache au défunt par un intermédiaire, est exclu par cet intermédiaire. » En l'espèce, l'une n'est pas l'intermédiaire de l'autre et aucun hadith ne se prononce sur ce cas. Donc elles concourront. Voilà un vestige de la représentation. Cette arrière-petite-fille ne représente pas complètement son père, il est vrai, mais ce n'est pas l'absence de la représentation qui en est la cause, au contraire, c'est sa qualité de fille, du sexe, qui diminue sa part et la réduit à la moitié de ce qu'aurait eu son père.

§ III. — Les Ascendants

I. — Le père

Le père vient à la succession soit à titre d'héritier à Fard, soit à titre d'Aceb, soit encore à ces deux titres. Sa condition varie naturellement suivant le cas.

I) *A titre de Fard.* — S'il est en présence d'un descendant mâle par le mâle, si éloigné, soit-il, du défunt. Le père, en sa qualité d'Aceb, est inférieur au descendant Aceb, par conséquent, il ne participe à la succession qu'à titre d'héritier à Fard. Il prendra en l'espèce, invariablement le sixième (v. 12) et le reste sera dévolu au descendant, à titre d'Aceb.

II) *A titre d'Aceb.* — Si le défunt ne laisse pas de descendants mâles, le père prend, à titre d'Aceb, tout l'héritage, ou une partie, suivant le titre des héritiers qui concourent avec lui.

1^o S'il est en présence des frères et sœurs du défunt, il prend toute la succession, parce que, dit l'école Hanafite, l'Aceb paternel est supérieur à l'Aceb fraternel.

2^o S'il est en présence d'un héritier à Fard, lequel n'est pas exclu de la succession pour une autre raison, cet héritier à Fard prend ce qui lui revient (son Fard) et le père prend le reste à titre d'Aceb. Par exemple, si le défunt laisse son père et sa mère : celle-ci aura droit à

un sixième (v. 12) ; le père aura les cinq sixièmes à titre d'Aceb.

III) *A titre de Fard et d'Aceb.* — Cela se produit dans les deux cas suivants.

1^o Le père est en présence d'une fille ou d'une petite-fille (fille du fils ou fille du fils du fils à l'infini). Dans ce cas, la fille prend la moitié à titre de Fard, et le père prend le sixième à titre de Fard et le reliquat à titre d'Aceb.

2^o Le père est en présence d'autres héritiers à Fard dont les quotités n'absorbent pas toute la succession. Dans ce cas comme dans le cas précédent, il prend son fard d'abord, puis le reliquat à titre d'Aceb. C'est ainsi, s'il y a un père, une fille et une veuve : La fille a droit à la moitié (Fard) ; la veuve au huitième (Fard) et le père a droit au sixième, à titre de Fard et au reliquat, soit $5/24$ de la succession, à titre d'Aceb.

Les docteurs justifient théoriquement ces solutions de la manière suivante :

Dans le premier cas, le père a obtenu un sixième en vertu du v. 12 : « Les père et mère auront chacun le sixième de la succession, si le défunt laisse un « enfant ». Mais le texte dit, *enfant et non petit-enfant* ! Comment expliquer cette extension ? A cette objection les docteurs donnent une réponse caractéristique. « Les fils du fils, disent-ils, sont considérés par le Char' comme les fils. En effet, Dieu dit dans son Livre « O fils d'Adam (*sic*), c'est qu'il considère les petits-fils comme les fils, puisqu'il les appelle ainsi. L'usage est en ce sens. Le poète n'a-t-il pas dit. « Les fils de nos fils sont nos fils et les fils de nos filles sont les filles d'hommes étranger » ? (1). Mais s'il en est ainsi, n'a-t-on pas le droit de demander à ces docteurs, pourquoi ils ont écarté ces malheureux de la succession, en les excluant totalement au profit de leurs oncles. Nous avons vu, en effet,

1. V. M. Al-Anbany : *ouv. cité*, t. III, p. 57, 58.

que ces auteurs interprètent la règle générale pourtant claire : « Le fils exclut le fils du fils... Parce que la règle générale est que celui qui se rattache au défunt par un intermédiaire, est exclu par cet intermédiaire » en un sens qui exclut le neveu ? Après ces déclarations bizarres, ils viennent affirmer naïvement qu'ils agissent conformément au Coran et que les petits-fils sont les fils !

En outre, ils ajoutent qu'il faut entendre par le mot *enfant* (v. 12) *fils et non pas fille*. Et pourtant, *ce même mot, dans ce même verset et, dans la même phrase, veut dire fils ou fille indistinctement*. C'est, par exemple, quand il s'agit de savoir le montant du Fard de la mère : « Les pères et mère auront chacun un sixième de la succession, si le défunt laisse un *enfant* » ; *enfant* veut dire *fils ou fille* ! (1)

Au reste, Mohammad Ab-Anbany, qui admet toutes ces explications contradictoires, s'exprime ainsi, en interprétant ce mot :

« *Le mot enfant, dit-il, au point de vue littéraire comme au point de vue Char' (juridico-religieux), s'applique indistinctement au fils et à la fille* » (2).

II. — La mère

La mère est placée dans trois situations différentes, suivant les héritiers avec lesquels elle encourt.

a) Si elle est en présence d'un héritier de l'une des catégories suivantes, elle a droit à un sixième de la succession.

1^o Les descendants du défunt, mâles par les mâles à l'infini.

2^o La fille ou petite-fille (fille du fils ou fille du fils du fils à l'infini), du défunt.

1. *Ibid*, t. III, p. 75.

2. M. Al-Anbany: *ouv. cité*, t. III, p. 61.

3° Deux ou plusieurs frères et sœurs, germains, consanguins ou utérins.

b) Si elle est en présence de tout autre héritier que ceux des catégories précédentes, ou du père, ou du conjoint survivant, elle a droit au tiers de la succession entière.

c) Si elle est en présence du père et du conjoint survivant, elle a droit au tiers du reliquat. Ici il faut faire une distinction entre le cas où le conjoint survivant est le mari et le cas où c'est la femme.

1° Si c'est la femme qui a survécu à son mari, la mère prendra le tiers du reliquat. En d'autres termes, la veuve obtiendra le quart à titre de Fard (v. 14); la mère le tiers du reliquat, soit $(3/4 \times 1/3 = 3/12 = 1/4)$ un quart; le père prendra le reste à titre d'Aceb.

2° Si c'est le mari qui a survécu à sa femme, la mère aura aussi le tiers du reliquat. Mais ce tiers est, ici, le sixième et non pas le quart de la succession. Le mari aura la moitié à titre de fard (v. 13); la mère le tiers du reliquat, soit le sixième $(1/2 \times 1/3 = 1/6)$ et le père prendra le reste à titre d'Aceb.

Ces deux cas sont exceptionnels et appelés pour cette raison Al-O'maryyataïne, parce que l'origine en est attribuée au Khalife O'mar qui avait décidé ainsi dans des cas analogues.

Mais puisque la part de la mère est ici tantôt un quart, tantôt un sixième, pourquoi s'obstine-t-on à l'appeler le tiers? A cette question les docteurs donnent cette réponse singulière: « On appelle, ici, la part de la mère, le tiers, par révérence au Coran, qui l'appelle ainsi. « S'il n'en laisse aucun et que ses père et mère lui succèdent, la mère aura un tiers » (v. 12)!... »

III. — L'aïeul

Les aïeuls paternels mâles par les mâles à l'infini, tiennent la place du père en l'absence de celui-ci et succèdent au défunt aux mêmes titres que lui : soit à titre de Fard, soit à titre d'Âceb, soit à ces deux titres combinés.

Cette similitude de condition est expliquée par les docteurs non pas par l'effet de la représentation, ce qui serait la vraie raison, mais d'une autre façon qui aboutit du reste au même résultat :

1^o L'aïeul paternel représente le père, parce qu'il s'appelle, lui aussi, « père ». Dieu n'a-t-il pas dit en parlant de Joseph : « Je suivis la religion de mes pères, Abraham, Isaac et Jacob » ? Or Isaac est le grand-père de Joseph, Abraham, le grand-père de Jacob ; et pourtant Dieu les appelle « pères ».

2^o Dieu dit aussi dans son livre : « O fils d'Adam, ne vous laissez pas égarer par le démon. Il fit sortir vos « père et mère » du paradis. » Quelle que soit la valeur de ces arguments, l'essentiel est que l'aïeul représente complètement le père, sauf trois (1) différences plus apparentes que réelles parce qu'elles résultent, en fait, d'autres considérations. Voici en quoi elles consistent :

Première différence : Si un homme meurt laissant un père et une grand' mère paternelle, celle-ci est exclue totalement par le père. Mais si, au lieu du père, il laisse un aïeul paternel, la grand' mère ne sera pas exclue par celui-ci, parce qu'il n'est pas l'intermédiaire entre elle et le défunt.

Deuxième différence : Cette deuxième différence comprend deux hypothèses :

1^o Si une femme meurt laissant son mari, son père et sa mère. Le veuf aura la moitié (Fard) ; la mère le

1. Il y en a une quatrième relative à la succession de l'affranchi. V. M. Aubany, *ouv. cité*, t. III, p. 59.

tiers du reliquat, soit le sixième, et le reste, soit les deux sixièmes pour le père. Mais s'il y avait à la place du père un aïeul paternel, la mère aura le tiers de toute la succession et non le tiers du reliquat, soit le double de ce qu'elle aurait obtenu en la présence du père. Pourquoi cette différence? Cela résulte justement de ce que nous venons de voir à propos des droits de la mère. Cette situation est exceptionnellement admise, parce qu'Omar ben Khattab avait décidé ainsi.

2° Il en est de même de la seconde hypothèse. La part de la mère varie pour les mêmes raisons. Si c'est l'épouse qui meurt laissant sa femme, sa mère et un père ou un aïeul paternel.

Dans le premier cas, c'est-à-dire, en présence du père, la mère aura droit au tiers du reliquat, soit le quart de toute la succession; dans le second cas, elle aura le tiers de toute la succession, soit un douzième de plus.

Troisième différence: Cette troisième différence n'en est pas une, en réalité, car elle n'est pas admise par l'école Hanafite. D'après cette école, en effet, l'aïeul exclut les frères et sœurs germains ou consanguins du défunt. Pourquoi? Parce que, dit cette école, la paternité est supérieure à la fraternité, tout comme la filiation est supérieure à la paternité (toujours dans l'ordre des Acebs). Cette argumentation n'a pas convaincu les docteurs des autres écoles, lesquels estiment, au contraire, que l'aïeul ne pourra pas exclure les frères et sœurs, comme il aurait fait le père, parce que les frères et sœurs sont d'un degré, au moins, plus proches du défunt que l'aïeul.

Les docteurs consacrent beaucoup de développements à la matière. Il est inutile de les reproduire ici. Constatons seulement que cette divergence des doctrines sur le concours des aïeuls avec les collatéraux immédiats confirme notre opinion précédemment exprimée sur le concours des ascendants avec les collatéraux immédiats dans les Coutumes Syriennes.

Pour finir, disons un mot de l'aïeul maternel. Cet aïeul est appelé par les auteurs : l'aïeul *Fasid* ou *Saqith*, c'est-à-dire, celui qui n'est pas le véritable aïeul, parce qu'il se rattache au défunt par une femme. Chose curieuse, la mère de la mère, elle, qui est dans la même condition que cet aïeul, lequel, peut-être, est son mari, est appelée aïeule véritable, et à ce titre, elle a, comme nous l'avons vu et nous le verrons plus loin, droit à une part fixe.

En tout cas, l'aïeul maternel est relégué parmi les Dhawi-Al-Arham et ne succède qu'avec eux. La raison de cette supériorité de l'aïeul paternel sur l'autre, ce que, d'après les docteurs, justement, parce que la famille est fondée sur les mâles par les mâles, et c'est par lui que la race se perpétue, l'autre n'est qu'un étranger. La raison est juste. Mais puisqu'il en est ainsi, pourquoi accorder un privilège à l'aïeule maternelle ? Est-ce que, c'est par elle, par exemple, que la race se perpétue ?

IV. — L'aïeule

Les droits successoraux de l'aïeule paternelle ou maternelle sont fondés, eux aussi, sur des hadiths (1). Mais ces hadiths, outre qu'ils ne sont pas admis par la plupart des docteurs, sont purement et simplement fabriqués. Nous nous dispenserons d'en faire le procès, car la critique de ces bizarreries s'étendrait à l'infini.

Mais pourquoi donc a-t-on compliqué, si monstrueusement, pour ainsi dire, le cas de cette aïeule ? Que vient faire parmi les Aceb et les Dhawi Al-Fouroud, la grand-mère maternelle, laquelle est de Dhawi-Al-Arham, et par conséquent, étrangère aux deux premières classes d'héritiers ? Cela est d'autant plus étonnant que cette

1. Sur ces hadiths, v. M. Marçais, *ouv. cité*, p. 124, 125.

école pose en principe et par définition même, que les Dhawi-Al-Arham sont ceux qui se rattachent au défunt par une femme. Ce qui est le cas de la grand'mère maternelle.

La seule explication possible et raisonnable de l'introduction de cette parente parmi les héritiers privilégiés, est la suivante : L'école Hanafite voulait faire placer cette héritière parmi les Dhawi-Al-Fouroud, pour entamer la réforme très discutée et jamais admise par les adversaires, en faveur de tous les Dhawi-Al-Arham, elle a inventé ces hadiths pour débayer le terrain, comme elle l'avait fait pour les frères et sœurs utérins. Sa qualité de femme et sa situation ont suffi à lui faire jouer ce rôle. Elle se trouvait en face d'une autre femme, la grand'mère paternelle, laquelle, d'après le principe général de l'O'coubat, est sceb et à ce titre avait droit à la succession de son petit-fils. Ces deux femmes étant au même rang l'une et l'autre par rapport au défunt, il n'y avait qu'à étendre à l'un le droit accordé à l'autre. C'est ce qu'elle a fait. Mais si la tactique a réussi sur ce point, elle n'a jamais pu faire admettre les autres Dhawi-Al-Arham et l'on chercha, comme nous l'avons vu, d'autres moyens pour les réhabiliter au point de vue juridico-religieux.

En tout cas, ce procédé ne fit que compliquer de plus en plus les choses. Voici, du reste, la condition qu'on fit à l'aïeule en général.

L'aïeule ou les aïeules paternelles et maternelles auront invariablement un fard de sixième de la totalité de la succession. 1° Si elles sont toutes les deux vivantes et de même rang, elles se partagent le sixième à parts égales ; si elles appartiennent à des degrés différents, la plus proche exclut la plus éloignée. La raison de cette exclusion est la similitude du lien qui les rattache toutes les deux au défunt : la maternité ;

2° Elles sont toutes les deux exclues par la mère. En outre, le père exclut l'aïeule paternelle (sa mère, par

exemple), mais il n'exclut pas la mère de sa femme.

Première hypothèse : Le défunt laisse un père et une aïeule paternelle, dans ce cas le père prend toute la succession à titre d'Aceb et écarte entièrement l'aïeule paternelle.

Deuxième hypothèse : S'il laisse un père et une aïeule maternelle ; cette dernière a droit à un sixième et le père au reliquat : cinq sixièmes.

Tandis que s'il y avait à la place du père, une mère, celle-ci aurait pu les écarter toutes les deux.

L'école hanafite explique ces solutions de la manière suivante : La mère exclut les deux aïeules, parce que d'un côté, elle est l'intermédiaire nécessaire entre l'aïeule maternelle et le défunt ; et d'un autre côté, elle est supérieure à l'aïeule paternelle par le lien commun qui les unit toutes les deux au défunt : la maternité. Tandis qu'entre le père et l'aïeule maternelle il n'existe, ni un rapport de descendant à ascendant, ni un lien commun de maternité ou de paternité.

On peut en dire autant du grand-père paternel. Celui-ci exclut l'arrière grand-mère paternelle, mais il n'exclut pas la mère du défunt, c'est-à-dire, sa femme, ni la mère de la mère du père du défunt, parce qu'elle est une aïeule maternelle.

Dans chaque lignée d'ascendantes, la plus proche exclut la plus éloignée. Chose singulière, si la grand-mère paternelle est exclue par le père, par le fait même de sa présence et quoique exclue par son fils, son exclusion entraîne celle de l'arrière grand-mère maternelle, laquelle ne peut pourtant pas être exclue par le père lui-même, si la mère de celui-ci est décédée.

Mais bientôt l'unité de doctrine sur ce point se rompit. Voici le terrain de la controverse. Nous avons vu que, si les aïeules paternelles et maternelles sont du même rang, elles se partagent le sixième à parts égales. Mais s'il arrive que l'une d'elles soit parente du défunt des deux ou des trois côtés et que l'autre ne le soit

que d'un seul, Abou-Hanifa et Abou Yssof ne tiennent pas compte de la pluralité des liens, par contre, Mohamad, qui est de la même école, professe qu'il faut en tenir compte. Un exemple montrera mieux que les explications de quoi il s'agit.

Hypothèse : Il y a en présence d'un côté, la mère de la mère du père du défunt, et d'un autre côté, la mère de la mère de la mère du défunt, qui est en même temps, la mère du père du père du défunt. Cette dernière étant rattachée au défunt par un double lien, aura le droit à deux parts, soit $2/18$; et l'autre une part, soit $1/18$ de la succession.

Mais comment ce double ou triple lien se produit-il en pratique ? Voici les exemples qu'on cite à l'appui de cette doctrine et qui montrent combien ces auteurs sont privés de tout sens pratique.

1° Exemple d'une aïeule à double lien en concours avec une aïeule à un seul lien :

Une femme donne en mariage la fille de sa fille, à un fils de son fils. Un fils naît de cette union, puis meurt après le décès de ses parents. Cette femme est liée à ce défunt par le père et par la mère. D'un autre côté, une autre femme donne sa fille, en mariage, au fils de la première femme, de cette union naît un fils lequel se trouve précisément le père du défunt. Cette femme est donc l'aïeule d'un seul côté, puisqu'elle est seulement la mère de la mère du père du défunt, etc.

2° Exemple d'une aïeule à triple lien en concours avec une aïeule à un lien :

Une femme marie la fille de sa fille au fils de son fils. Un garçon naît de cette union. Elle donne en mariage à ce garçon, une fille de la fille d'une autre de ses filles. De cette union naît un garçon. Cette femme devient, pour ce dernier, l'aïeule à triple lien, c'est-à-dire, la mère de la mère de sa mère, la mère de la mère de son père et la mère du père du père de son père. Il faut supposer en outre l'entrée en scène d'une autre femme

qui fera comme dans le premier exemple, et le concours ainsi peut se réaliser.

Il est à remarquer que ces étranges aïeules ne peuvent venir à la succession du défunt qu'en l'absence des descendants et des ascendants intermédiaires et capables de les exclure !

§ 4. — Les collatéraux

Il est bien entendu que nous n'examinerons que la condition des collatéraux immédiats, pour les autres, il suffit de consulter le tableau des Dhawi-Al Fouroud en concours avec les Acebs et celui du Hadjb, pour avoir la clé de toutes les solutions les concernant.

Ici les choses sont un peu plus simplifiées mais toujours au détriment du bon sens et de la logique. Les docteurs Hanafites, qui, dans le cas de l'aïeule, ne tiennent pas compte de la pluralité des liens, font ici une distinction injustifiable et incompréhensible entre les frères et sœurs germains et les frères et sœurs consanguins. Nous l'avons vu, la présence des germains, au lieu d'entraîner simplement la réduction de la part des consanguins, amena leur exclusion totale. Le fondement de tout cela, on s'en doute... se trouve ou dans des hadith ou dans des interprétations tendancieuses de la théorie du ta'sib. Nous étudierons ces héritiers séparément.

I. — Le frère germain

Le frère germain exclut totalement le frère consanguin.

Pourquoi donc ? Puisque tous les deux sont Acebs et au même degré, il n'y a pas de raison pour exclure totalement l'un pour l'autre. A la rigueur on pourrait avantager l'un au détriment de l'autre en donnant, par exemple, une part double à l'un et une seule part à

l'autre. Les docteurs écartent ou annulent ici la qualité d'Aceb pour faire jouer le principe de la maternité. Le frère germain est lié au défunt par la mère, l'autre ne l'est pas, par conséquent il l'exclut !...

En tous cas, la situation du frère germain varie suivant la condition de ses concurrents.

I) Le frère germain est en présence d'ascendants mâles par les mâles : Dans ce cas il est d'abord exclu totalement par le père. Sur ce point toutes les écoles sont d'accord. Mais, lorsqu'il s'agit d'un ascendant autre que le père, l'école Hanafite seule admet l'exclusion totale du frère germain, les autres écoles ont une doctrine spéciale appelée la Mouqâamat laquelle aboutit à donner une quote-part de l'héritage au frère germain. Cette doctrine ne trouvera pas place ici pour la simple raison qu'elle n'est pas admise par l'école Hanafite (1).

II) Le frère germain est en présence des collatéraux immédiats :

S'il est en présence d'un autre frère germain, il partage la succession avec lui à parts égales. S'il y a une sœur germaine, le frère a le privilège de masculinité, et par conséquent, une part double de celle de sa sœur.

Mais ce qui reste incompréhensible, ce que le frère germain qui exclut totalement les frères et sœurs consanguins, n'exclut pas du tout les frères et sœurs utérins ; ceux-ci en concours avec lui prendront leur fard (un tiers ou un sixième), intégralement.

III) Le frère germain est en présence des descendantes seulement. Dans ce cas il concourt avec elles et prend une part variable suivant le nombre de ces femmes et leur lien de parenté avec le défunt.

En résumé, le frère germain n'est exclu totalement que par les ascendants et les descendants mâles par les mâles. Par contre, il concourt avec les descendantes et ascendantes héritières ordinaires et les frères et sœurs

1. V. sur cette doctrine M. Marçais : *ouv. cité*, p. 154 et suiv.

germains de même degré que lui, et exclut tous les autres parents, sauf les frères et sœurs utérins lesquels ont toujours droit à une part fixe.

II. — La sœur germaine

La sœur germaine peut se trouver dans une des cinq situations suivantes et sa vocation héréditaire, comme le montant de sa part, varie suivant les cas.

1° Elle est totalement exclue par les descendants mâles par les mâles à l'infini, et par les ascendants mâles par les mâles à l'infini ;

2° Si elle est en présence d'une fille (1), ou d'une fille du fils (du fils du fils à l'infini), elle aura droit à la moitié. S'il y avait deux ou plusieurs de ces descendantes, elle prendra seulement le tiers, parce que le fard des autres sera des deux tiers ;

3° Si elle est en présence d'un frère germain, celui-ci lui communique (quoiqu'elle n'en ait pas besoin) sa qualité d'Aceb. Alors elle ne prendra plus que la moitié de la part de son frère ;

4° Si elle est seule, elle prend la moitié à titre de fard ;

5° Si elles sont deux ou plusieurs, elles prendront les deux tiers (Fard).

III. — Le frère consanguin

Le frère consanguin est exclu par tous les successeurs qui excluent totalement le frère germain. En outre, il est exclu totalement par celui-ci. En concours avec les sœurs germaines, il est réduit au tiers de la succession, les deux autres tiers devant dévoluer aux sœurs à titre de Fard. En présence des sœurs consanguines et des autres héritiers, il joue le même rôle et a en général la même situation que le frère germain.

1. On ne distingue pas entre filles de premier ou de second lit.

IV. — La sœur consanguine

Les développements que nous avons consacrés à la sœur germaine s'appliquent, en général, à la sœur consanguine. En outre, celle-ci est exclue par le frère germain ou par une sœur germaine, à moins que celle-ci ne vienne à la succession en concours avec une fille ou une petite-fille du défunt ; ou encore, par deux sœurs germaines, à condition que celles-ci ne soient pas devenues Acebs Bighaïrihi par la présence d'un frère consanguin.

Première hypothèse : La sœur consanguine est en présence d'une sœur germaine. La première aura droit à un sixième, complément des deux tiers, puisque la sœur ne prendra que la moitié. Mais si la sœur consanguine est devenue Aceb Bighaïrihi par la présence d'un frère consanguin, celui-ci partage le sixième avec elle et prend les $\frac{2}{18}$ et la réduit à $\frac{1}{18}$.

Résultat bizarre que la présence de ce frère produit dans certains cas. Voici un exemple :

La défunte laisse un époux, une sœur germaine, une sœur consanguine et un frère consanguin. La présence de ce frère nuit, non seulement à la sœur consanguine, (laquelle est peut-être sa sœur), mais encore à lui-même. En effet, en l'espèce, l'époux prend la moitié (Fard), la sœur germaine la moitié (Fard), et les autres sont exclus. Mais si ce frère n'existait pas, la théorie de l'A'wl joue et la sœur consanguine obtient le sixième complément des deux tiers. Les parts seront donc de $\frac{1}{2} + \frac{1}{2} + \frac{1}{6} = \frac{7}{6}$. Et par application de l'A'wl : la sœur germaine aura les trois septièmes, l'épouse les trois septièmes et la sœur consanguine le septième.

Deuxième hypothèse : Il y a deux sœurs germaines et une sœur consanguine. Les premières prendront les deux tiers à titre de Fard et le reste à titre de Radd. La seconde est exclue. Mais s'il y avait encore un frère con-

sanguin, la situation change et le Radd ne joue plus, parce que le frère consanguin en communiquant sa qualité d'Aceb à la sœur consanguine, l'a réhabilitée. C'est ainsi que le tiers restant sera partagé entre ces derniers avec privilège de masculinité : le frère prendra deux sixièmes et la sœur un sixième.

V. — Les frères et sœurs utérins

Nous avons vu les procédés imaginés par les docteurs pour faire passer ces parents parmi les successeurs. Voici maintenant la situation équivoque qui leur est faite et qui montre combien les Imams ont regretté au fond de n'avoir pas abrogé le verset 15, ou de ne l'avoir pas interprété autrement.

1° Si le défunt laisse des descendants mâles par les mâles à l'infini, ou des descendantes des mâles par les mâles à l'infini, ou des ascendants mâles par les mâles à l'infini, les frères et sœurs utérins n'auront aucun droit à la succession ;

2° Si aucun représentant des catégories précédentes n'existe, les frères et sœurs utérins, qu'ils soient un ou deux ou plusieurs, qu'ils soient hommes ou femmes, auront invariablement droit à un sixième, qu'ils se partageront entre eux à parts égales sans aucune distinction de sexe (Comme les Dhawi Al-Arham).

CHAPITRE COMPLÉMENTAIRE

CONCLUSIONS

Cette étude resterait incomplète si nous n'en tirions pas les conclusions qui s'imposent et les quelques idées que nous désirons voir aboutir à bonne fin. Avant d'exposer ces conclusions, nous nous excusons de n'avoir pas suivi dans l'étude, par trop sommaire, des législations sémites, l'ordre logique ou chronologique des lois, en commençant par les plus anciennes pour finir par les plus récentes. Mais, on le conçoit déjà, la pénurie des documents ne nous a pas laissé le choix de la méthode. Nous étions forcé d'examiner d'abord, les coutumes où les notions que nous voulions dégager nous ont paru les moins obscures, pour pouvoir ainsi faciliter la compréhension des autres coutumes moins claires. C'est ainsi que, dans la plupart des cas, nous avons commencé par l'analyse du Coutumier syrien, lequel, à notre avis, est en l'état actuel, le plus détaillé de tous les coutumiers que nous possédons sur les peuples sémites dans le champ de notre sujet.

I

Peut-on élaborer un système rationnel de la dévolution héréditaire en droit musulman, système qui rendrait cette institution abordable, aux non-spécialistes ? Il faut, croyons-nous, perdre tout espoir à cet égard. Car, nous l'avons vu, cette institution ne constitue, en somme, qu'une collection d'absurdités, qu'il est impossible de concilier les unes avec les autres. Du reste

chercher à concilier les deux extrêmes, la logique avec l'absurde, n'est-ce pas une tâche irréalisable ? A moins de supposer que par un hasard extraordinaire, ces solutions résultant d'expédients de fortune, fussent toujours, la reproduction fidèle, en tous points, des coutumes locales. Mais cette hypothèse est invraisemblable pour les raisons suivantes :

1^o D'abord les docteurs, dans leur obstination à faire triompher chacun sa doctrine propre, ont été amenés, comme nous l'avons vu, à se faire des concessions les uns aux autres. Ces concessions sont naturellement une anomalie dans le système de chaque école, tel qu'il devrait être dans l'esprit de ses partisans, en conformité avec les coutumes locales respectives ;

2^o En second lieu, les docteurs n'avaient pas du tout le choix du système dans l'interprétation du Coran ou de la Sunna. Chacun devait répondre à des exigences toutes différentes de celles sur lesquelles l'autre était appelé à légiférer. Les législateurs de l'Arabie devaient sanctionner par-là, les coutumes arabes, c'est-à-dire, les coutumes d'un peuple nomade, demi-barbare ; tandis que les autres avaient à consacrer les coutumes de peuples beaucoup plus civilisés de Syrie, de l'Irak, de l'Égypte, de l'Inde etc., etc. En outre, tous ces pays n'avaient pas, en réalité les mêmes institutions, les mêmes coutumes et les mêmes mœurs. Et comme les docteurs ont entrepris de tout collectionner, de tout rattacher au Coran ; ils n'ont pu aboutir qu'à une confusion de toutes ces coutumes diverses. En sorte que les conceptions dominantes chez ces différents peuples, furent mélangées les unes avec les autres, et de ce mélange imprudent ne peut jamais sortir un système logique et harmonieux.

Nous croyons, donc, qu'il faut renoncer désormais à toute systématisation rationnelle à ce point de vue. Tout ce que l'on pourrait faire, et cela on le constate facilement dans notre étude, c'est de dégager certains principes généraux, par lesquels on résoudra les situa-

tions normales et les conséquences logiques du système, en rejetant au rang d'exception toutes les anomalies. Ce système rendra d'utiles services en attendant l'abrogation inévitable de cette institution désuète, la succession.

II

Il reste, croyons-nous, établi d'une façon incontestable, que cette institution n'a aucun caractère religieux ; que, non seulement, elle est d'origine purement civile ; mais encore, que la plupart de ses règles sont en contradiction flagrante avec le Coran, dans ses termes et dans son esprit. Cela a été suffisamment démontré pour qu'il soit utile d'y revenir. Donc une refonte totale de cette institution comme de tout le statut personnel serait parfaitement possible et ne blesserait, ni les convictions religieuses, puisqu'elle serait conforme aux méthodes et à l'esprit du prophète Mohammad, comme aux méthodes et à l'esprit des grands Khalifes, ses successeurs ; ni les aspirations légitimes de notre peuple, puisque, on le sait, il cherche par tous les moyens à s'en débarrasser.

III

Tous les savants européens qui ont abordé, de près ou de loin, l'étude du droit musulman, ne sachant comment expliquer les anomalies de ce droit, l'on classé dans une catégorie spéciale, à conceptions et évolution différentes de celles de toutes les législations. Espérons que cette étude, en jetant un rayon de clarté sur le véritable caractère des institutions musulmanes, transformera quelque peu cet état d'esprit, changera les éléments fondamentaux qui ont servi jusqu'à présent, pour l'explication et l'intelligence de ces institutions, et ouvrira la voie à une étude approfondie, dans un sens plus réel et plus conforme à la vérité historique. Les Grands Khalifes des premiers siècles de l'Islam, ne

furent que les continuateurs, les gardiens scrupuleux, intelligents, conscients et fidèles des civilisations antiques. Leurs institutions juridiques ne sont que la reproduction de la législation gréco-romaine combinée avec les coutumes et les conceptions sémites. Découvrir leurs points de soudure, c'est un champ d'investigations scientifiques de grande envergure. Ce sont des mines toutes vierges, dont l'exploration apporterait des matériaux nouveaux sur l'évolution historique du droit romain dans les pays sémites. Combien serait-il intéressant de connaître le développement du droit du Bas-Empire, et partant de savoir dans quelle mesure, il a subi l'influence des conceptions sémites, et dans quelle mesure et dans quel sens, la race sémite a, quant à elle, pu absorber certaines conceptions romaines. Combien serait-il intéressant d'établir un parallèle entre les influences romaines sur la race sémite, d'une part, et la race latine, d'autre part. L'intérêt historique de cette comparaison serait immense surtout pour l'éducation théorique des jeunes intelligences. Un monument juridique, de tout premier ordre sortirait de l'ombre de l'histoire. Monument qui comprendrait la période du III^e au XI^e ou XV^e siècle, serait le complément nécessaire des Institutions juridiques des Romains.

Il est de tradition, à notre époque, de n'étudier le droit romain que jusqu'à Justinien, en établissant une barrière infranchissable entre le droit d'avant et d'après cet empereur, et en considérant avec un certain mépris l'œuvre élaborée péniblement après lui. Le droit post-Justinien est parfois regardé comme dépourvu de tout intérêt, parce qu'il est complètement déformé par les influences orientales; Comme si l'esprit sémite n'avait pas eu en Orient beaucoup plus de bonnes influences dans l'évolution normale des institutions romaines que par le passé. Non, il faut, à notre avis, franchir cette barrière. Une étude approfondie du droit du Bas-Empire suivie d'une étude détaillée de la législation musulmane

dans ses origines et son évolution, pourrait prendre place à côté de celle des institutions romaines jusqu'au III^e ou IV^e siècle de notre ère. Certains savants ont très bien aperçu la portée du droit du Bas-Empire et lui ont rendu justice (1). Espérons que leurs travaux fourniront aux savants arabisants, qui s'intéressent aux études du droit musulman, le moyen de recommencer avec plus de maîtrise l'élaboration méthodique et historique des institutions musulmanes.

IV

Il nous semble logique de demander aux savants archéologues sémétisants, de mettre un peu plus de clarté dans la traduction et l'interprétation de textes des lois sémites, et de nous dire, par exemple, si les mots *tirhatou*, *noudounnou*, *cheriqtou*, *esirtou*, etc., ne forme, chacun, qu'un seul mot, ou bien, plusieurs, ce qui est, à notre avis, la réalité. Ces mots ne veulent-ils pas dire, *sa tirhat*, *son noudoun*, *sa cheriq* ou *cheriqat* et son *esirt* ou *syrryat*, et les désinences, « ou » ou « hou », ne sont-elles pas des pronoms possessifs ? Et pourquoi enfin *cheriqtou* est du féminin, tandis que *noudounnou* est du masculin ? Le mot *cheriqtou* ne désigne-t-il pas la femme « l'associée », plutôt que l'apport de la femme dans la société conjugale ? Et tant d'autres questions encore qu'une étude attentive de la langue et des textes pourrait seule mettre en évidence. Car, il ne faut pas oublier que, dans les controverses doctrinales, il suffit

1. M. Collinet, qui s'intéresse tout particulièrement à ce genre d'investigations historiques, a publié une étude très intéressante sur le droit de Justinien : *Etudes historiques sur le droit de Justinien*, t. I, seul paru. Paris, 1912. Il est en train de publier une autre sur l'Ecole de droit de Beyrouth. Espérons que notre éminent maître continuera la grande œuvre qu'il vient d'ébaucher. Il rendra pour la science un précieux service, et fournira aux Orientaux une occasion de plus pour lui témoigner leur vive sympathie et leur profonde reconnaissance.

qu'un mot soit mal traduit ou mal interprété, ou pris pour un autre, pour engendrer des théories multiples et contradictoires et jeter la confusion dans les idées. Ces erreurs sont d'autant plus à redouter, qu'elles sont extrêmement faciles à commettre. Les langues sémites par leur structure grammaticale, par le fait même que toutes (notamment la langue arabe) s'écrivent de deux façons différentes, et se parlent d'une façon toute différente aussi, ces langues se prêtent malheureusement à ce genre de confusion. En sorte que les esprits les plus avisés ne se tirent que péniblement de ces grosses difficultés. Voici un exemple d'un mot classique, qui montre d'une façon indiscutable, la grande attention qu'il faut apporter dans l'interprétation des termes de ces langues :

Le mot Daraba (frapper).

Langue écrite avec accent : Daraba, Doriba, Darbone, Darbone, Darabone, etc.

Langue écrite sans accent : Drb, Drb, Drb, Drb, Drb ; etc.

Valeur respective en français : Frapper ou il a frappé, il a été frappé, coups, sorte ou genre, miel, etc.

On voit clairement que tous ces termes ont un sens entièrement différent d'un mot à un autre ; et pourtant, en fait, on ne les rencontre presque jamais, que dépourvu de tout accent. Il suffit d'une déformation dans la prononciation, et partant, dans sa transcription dans une langue étrangère, pour que *frapper*, devienne, *miel, genre, coups*, etc., etc.

V

Enfin mes biens chers compatriotes, qui que vous soyez, Druzes, Musulmans, Juifs, Chrétiens, etc., de n'importe quelle confession religieuse ou doctrine philosophique, c'est à vous, tous, que j'adresse mon mot de la fin. Il est temps encore de vous ressaisir de votre

léthargie séculaire, de secouer le joug néfaste du sectarisme parsan ou byzantin, et de restaurer nos anciennes traditions, les traditions de nos glorieux ancêtres : les Phéniciens et les Arabes, ou si vous préférez, les Syriens. Laissons ces tristes chicanes religieuses dans le domaine des vieilles histoires. Elles furent toujours pour nous les plus funestes inspiratrices. Reprenons le rôle d'éducateurs de l'Univers et de promoteurs des grandes idées. Car, quoi que pensent, disent ou écrivent les Occidentaux, nous étions et nous resterons à jamais les maîtres de leurs conceptions philosophiques ou sociales, et peut-être, aussi, les premiers créateurs de grandes idées libérales qui dominent la civilisation européenne moderne. Notre apport dans le patrimoine universel, quoi que fasse l'ingratitude humaine, n'est pas inférieur à celui des Grecs ou des Romains (1). Brisez le cadre étroit dans lequel le Parsisme et le Byzantinisme ont encerclé, pendant des siècles, vos vives intelligences, et laissez vos cerveaux, enfin libres et affranchis, reprendre leur essor vers le domaine de l'idéal et explorer pour le

1. V. Dr J. Hariz, *La part de la Médecine Arabe dans la Médecine française*. Paris 1922. L'auteur démontre d'une façon éclatante l'importance de l'étude des auteurs arabes dans les universités européennes, notamment, à Paris, à Montpellier, etc. v. aussi Stoddar : *ouv. cité*. — V. surtout Dr Gustave Le Bon, *ouv. cité*, p. 677. L'auteur parlant de la civilisation des Arabes résume ses impressions de la manière suivante : « Notre livre est terminé. Résumons-le en quelques mots. Au point de vue de la civilisation, bien peu de peuples ont dépassé les Arabes et l'on n'en citerait pas qui aient réalisé des progrès si grands dans un temps si court. Au point de vue religieux, ils ont fondé une des plus puissantes religions qui aient régné sur le monde, une de celles dont l'influence est la plus vivante encore. Au point de vue politique, ils ont créé un des plus gigantesques empires qu'ait connus l'histoire. Au point de vue intellectuel et moral, ils ont civilisé l'Europe. Peu de races se sont élevées plus haut, mais peu de races sont descendues plus bas. Aucune ne présente d'exemple plus frappant de l'influence des facteurs qui président à la naissance des empires, à leur grandeur et à leur décadence ».

bonheur de tous, les mines inépuisables des découvertes scientifiques et philosophiques. Ne vous attardez pas à récriminer les autres. La francophobie n'est pas un article d'importation pour les Syriens. Aide-toi le ciel t'aidera. Quoi que fasse l'état mandataire, si nous ne nous corrigeons pas nous-mêmes, si nous ne travaillons pas nous-mêmes, les résultats ne seront que médiocres. Méfiez-vous de ces mauvais bergers qui prêchent parmi vous la xénophobie. La France s'est montrée toujours pour nous pleine de sollicitude et de dévouement. Collaborons utilement et loyalement avec elle. Montrons-nous tout disposés à recevoir les remèdes qu'elle nous conseille. Sachons pardonner les quelques défaillances de certains de ses représentants, lesquels, soyez-en sûrs, ne représentent pas la vraie figure de la France. Un peu de patience et l'orage passera.

Mes biens chers compatriotes, pensez à ce doux pays ensoleillé, plein de grandioses souvenirs, qui attend de vous, de votre énergie, de votre exceptionnelle intelligence, sa restauration et sa grandeur. Rappelez-vous que nos luttes intestines n'ont servi, depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours, qu'à accumuler nos ruines et multiplier nos misères. Le royaume de Syrie comprenait sous Seleucus I^{er}, outre la Syrie, presque toute l'Asie-Mineure et la Haute-Asie, de l'Euphrate à l'Indus et de la mer Erythrée à la mer Caspienne et à l'Iaxarte. Plus tard, ce florissant empire, rival de celui des Romains, fut balayé par les envahisseurs, Perses, Grecs, Romains ou Arméniens, appelés par nos guerres civiles et les luttes de nos partis politiques, à partager nos biens. Et de maîtres, les Syriens sont devenus les esclaves ou les vassaux des autres ; comme sous les Egyptiens. Il en fut de même après les invasions de Tartares (les Turcs), lesquels jouant à la byzantin, ont travaillé à nous diviser, pour pouvoir nous dominer et nous spolier à merci. La tâche n'était pas facile à réaliser. Les Syro-Libanais, ayant la même origine, les mêmes

traditions et les mêmes aspirations, répugnaient à se dresser les uns contre les autres. Malheureusement, nous avons un seul point faible ; un point sur lequel nous n'étions pas d'accord : la religion. Ils s'y sont attaqués et ont réussi à nous soumettre à la tonsure. Il se trouvait de temps à autre des grands hommes, comme Fakhr-Eddine et l'émir Béchir qui ont déjoué ces manœuvres politiques, et nous ont rendu un peu d'éclat de nos anciens jours. Mais le fanatisme continuait à nous travailler en sourdine ; il arriva jusqu'à enraciner dans nos esprits ce principe funeste que, toute chose, quelle qu'elle soit, économique, sociale, juridique, etc., devait se rattacher à la religion. Et cet autre encore plus triste que, celui qui ne confesse pas la même religion que moi, fût-il mon père, mon fils ou mon frère, est pour moi un étranger, voire même, un ennemi. En sorte que toutes les fois qu'on voulait réagir contre ce sectarisme mesquin, on était voué à l'échec.

Les discordes religieuses ont fait tous nos malheurs. Une religion qui sème la haine entre les individus, ou qui élève des barrières devant le progrès et la civilisation, ce n'est, ni du christianisme, ni du mahométisme ; c'est du charlatanisme pur. Ecartez de vous ces soi-disants patriotes qui flattent votre amour propre, en vous masquant la vérité et en vous représentant à vous-mêmes, comme étant, en l'état actuel, les dépositaires des véritables idées de nos vrais ancêtres. Non, ce n'est pas en tirant le voile sur nos défauts que nous pourrions les réduire. Pour guérir un mal, pour le déraciner, pour le tuer, il faut s'attaquer aux microbes du plus profond de la plaie, et la brûler au vif. Notre statut personnel, en l'état actuel, est un défi à la moralité, à l'honneur, à la dignité et à la prospérité de la nation. Il faut, sans plus tarder, le réformer dans un but d'intérêt général et en conformité avec nos aspirations actuelles et de toujours. Des règles stupides comme celles-là, sont du droit divin, sont intangibles ! Allons donc ! Toutes les

lois humaines changent et se transforment suivant les nécessités du temps. Dieu et le Ciel seuls sont intangibles.

Espérons que cet appel sera écouté, du moins, par quelques esprits d'élite de notre jeunesse. Belle et énergique jeunesse ! Toi seule es capable de mettre fin à ce fanatisme exaspérant, et de nous faire comprendre la tolérance. Tu es l'espoir suprême et le suprême espoir de la patrie. A toi vont tous nos vœux.

Vu : le Président de la thèse,
COLLINET

Vu : le Doyen,
BERTHÉLEMY

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris,
P. APPELL

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS.....	9
INTRODUCTION.....	21
CHAPITRE PREMIER. — <i>Considérations préliminaires</i>	21
I. — Notions générales sur les Arabes : origine, relations avec les voisins, etc.....	21
II. — Condition sociale de la femme chez les Arabes..	26
III. — Utilité de l'étude de trois premiers siècles de l'Islam.....	35
IV. — L'orthodoxie dans l'Islam.....	39
V. — Mohammad et le Coran.....	46
CHAPITRE II. — <i>Organisation de la famille chez les Arabes</i> .	50
§ 1 ^{er} . — Le Matriarcat.....	50
§ 2. — Le Patriarcat.....	54
§ 3. — Le Mariage.....	61
Différentes sortes de mariage.....	62

PREMIÈRE PARTIE

LA SUCCESSION « AB INTESTAT » CHEZ LES ARABES AVANT L'ISLAM

La propriété collective.....	96
Les successibles chez les anciens Arabes.....	97

DEUXIÈME PARTIE

L'ŒUVRE DE MOHAMMAD

CHAPITRE PREMIER. — *Les origines*..... 110

§ 1 ^{er} . — Dévolution successorale chez le peuple d'Israël.	112
--	-----

§ 2. — Dévolutions successorales d'après les coutumes syriennes	113
Les différents ordres d'héritiers.....	125
CHAPITRE II. — <i>Les dispositions coraniques relatives à la succession « ab intestat »</i>	137
CHAPITRE III. — <i>Caractère juridique</i>	147

TROISIÈME PARTIE

L'ŒUVRE DES JURISTES (IRRATIONALISTES)

TITRE PREMIER

CHAPITRE UNIQUE. — <i>Considérations générales</i>	151
--	-----

TITRE II

CHAPITRE PREMIER. — <i>Notions préliminaires</i>	164
CHAPITRE II. — <i>Conditions requises pour succéder</i>	167
CHAPITRE III. — <i>Les différents ordres d'héritiers</i>	172
Tableau des héritiers Dhawi-Al-Fouroud.....	173
Tableau des Dhawi-Al-Fouroud en concours avec les autres successibles.....	179
CHAPITRE IV. — <i>La représentation successorale</i>	183
§ 1 ^{er} . — Le Tanzil.....	184
§ 2. — Le Hadjb.....	186
§ 3. — Conclusions.....	195
CHAPITRE V. — <i>Le A'wal et le Radd</i>	197
§ 1 ^{er} . — Le A'wal.....	198
§ 2. — Le Radd.....	200
CHAPITRE VI. — <i>La réserve héréditaire</i>	203
CHAPITRE VII. — <i>Solutions pratiques</i>	210
§ 1 ^{er} . Les conjoints.....	211
I. — Le veuf.....	211
§ 2. — Les descendants.....	212
I. — Le fils.....	212
II. — Le petit-fils.....	214
III. — La fille « Assolbyyat ».....	214
IV. — La petite-fille.....	217

§ 3. — Les ascendants.....	220
I. — Le père.....	220
II. — La mère.....	222
III. — L'aïeul.....	224
IV. — L'aïeule.....	226
§ 4. — Les collatéraux.....	230
I. — Le frère germain.....	230
II. — La sœur germaine.....	232
III. — Le frère consanguin.....	232
IV. — La sœur consanguine.....	233
V. — Les frères et sœurs utérins.....	234
CHAPITRE COMPLÉMENTAIRE. — <i>Conclusions</i>	235

